

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

**LA PRIVATIZACIÓN DE LAS EMPRESAS GENERADORAS DE
ELECTRICIDAD EN EL ECUADOR: MARCO LEGAL**

Director: Dr. Fernando Santos A.

Corrector: Dr. Juan José Páez

Preparado por: Ab. Esteban Echeverría C.

Septiembre, 2005

DECLARACIÓN

La siguiente tesis ha sido realizada en su totalidad por Esteban Alejandro Echeverría Carrera, bajo la dirección del Doctor Fernando Santos y la corrección del Doctor Juan José Páez, para la obtención del título de Doctor en Jurisprudencia en la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad de las Américas.

Ab. Esteban Alejandro Echeverría Carrera

AGRADECIMIENTO

La presente tesis se ha realizado gracias a la colaboración y el tiempo otorgado por el Dr. Fernando Santos en su calidad de Director, como por parte del Dr. Juan José Páez en las observaciones y correcciones; gracias a la guía de ambos Profesores ha sido posible la realización de este trabajo de investigación.

DEDICATORIA

La presente tesis se lo ofrezco a Dios, por darme la fuerza y la voluntad para vivir; a mi madre, por darme apoyo y cariño en todo momento; a mi familia, que siempre ha estado junto a mí y, a mi abuelo, que desde el cielo es la persona que ha sido mi ejemplo de vida.

RESUMEN

La siguiente tesis tiene por objetivo demostrar que las empresas del Estado, al ser bien administradas y al entregar dividendos al mismo tiempo, son empresas que pueden rendir mayores frutos para los ciudadanos miembros del Estado del que son parte; además, maximizan sus cualidades y por su transparencia pueden ser puntales del aparato productivo nacional.

El esquema legal que se presenta es un camino alternativo que se podría seguir para realizar un proceso de privatización, tomando en consideración el punto de vista legal que facilita cualquier proceso o cambio estructural dentro de cualquier empresa estatal como es el caso de las generadoras eléctricas.

Primero, el esquema de investigación hace referencia a una reseña histórica de un proceso privatizador; mencionaremos el consumo de un ecuatoriano frente al de otros países para mostrar, a manera general, lo que es el consumo en la región; a continuación se revisará la figura jurídica del Fondo de Solidaridad como propietario único actual de las acciones de estas empresas y, finalmente, se comparará nuestra situación con la de otros países como Perú, Chile y Argentina.

También, se realizará un análisis de la resolución del Tribunal Constitucional sobre el tema de las privatizaciones y sobre el tema de las generadoras.

Las conclusiones del presente trabajo señalan lo que se podría mejorar en este sector específico de la producción del país y, para finalizar, se hace una serie de recomendaciones entre las cuales consta la posibilidad de cotizar vía Internet en pro de un mejor desenvolvimiento legal de las empresas mencionadas.

INDICE	PÁGINA
RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I: LAS GENERADORAS Y LA PRIVATIZACIÓN	10
1.1 Importancia de las generadoras de electricidad actualmente	10
1.2 Notas sobre privatizaciones	11
1.3 Concepto de privatización	13
CAPITULO II: DERECHO COMPARADO	21
2.1 El Fondo de Inversión Social Ecuatoriano	21
2.2 Las privatizaciones en América Latina	22
2.3 Logros del proceso	23
2.4 Las privatizaciones en el Ecuador, esfuerzos del CONAM	28
CAPITULO III: RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	30
3.1 Análisis de la Resolución del Tribunal Constitucional	36
3.2 Síntesis del análisis de la Resolución del Tribunal Constitucional	38
CAPITULO IV: MODELO DE PRIVATIZACIÓN	
4.1 Esquema legal para privatizar las generadoras eléctricas y su cotización en Bolsas nacionales y extranjeras	42
4.2 Aumento de capital de las empresas	49
4.3 Acciones que emitirían las empresas eléctricas generadoras en Bolsas nacionales y extranjeras.	
4.4 Calificación de las empresas generadoras por medio de una calificadora de riesgo para su cotización en Bolsa nacional y extranjera.	49
4.5 Organismos de Control para las empresas privatizadas.	49
CAPITULO V: LEYES	
5.1 Análisis de la Ley de Acceso y Transparencia a la información.	51
5.2 Análisis de la Ley de Comercio Electrónico.	52
5.3 La Cotización en Internet de Acciones.	55

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

APÉNDICES Y ANEXOS

LA PRIVATIZACIÓN DE LAS EMPRESAS GENERADORAS DE ELECTRICIDAD EN EL ECUADOR: MARCO LEGAL

INTRODUCCIÓN

Reseña de las generadoras de electricidad en la actualidad

Para darnos una imagen general de la situación de las generadoras eléctricas, transcribo una noticia del periódico HOY de la ciudad de Quito de fecha 18 de Septiembre de 2004:

"El sector eléctrico pierde más de 400 millones de dólares anuales aproximadamente, por su obsolescencia alrededor de 280 y en robos de energía son 180 millones. El sector con la ley vigente solo arroja pérdidas, Según Ontegral Consultores, las reformas que tramita el Congreso pueden ayudar a asegurar el pago de la energía, es decir de las facturas, pero el problema de fondo no se resolverá.

En la actualidad, las pérdidas del sistema eléctrico por robo, daños y otros ascienden a \$180 millones anuales, el 25% de la facturación total. La empresa Eléctrica de Manabí, por ejemplo pierde el 45%, EMELEC el 30% y la empresa Eléctrica Quito, que es la que menos pierde, llega al 15%.

El fondo de Solidaridad propietario de las eléctricas, asegura que no ha recibido un solo centavo de utilidades hasta el momento. Otro problema son los altos costos de la generación térmica que van desde \$0.06 hasta \$0.14 por kilovatio hora, cuando en Colombia y el Perú no rebasa de \$0,04 por kilovatio hora.

A esto se suma una pérdida anual de \$280 millones por año en quema de combustible, pues el país importa \$400 millones de diésel para las eléctricas (los hace a precios internacionales y los vende a valores subsidiados), las cuales producen solo \$120 millones en energía. La causa fundamental es que las plantas térmicas están obsoletas.

El Estado según la investigación del diario Hoy, debe invertir 900 megavatios de energía térmica, un equivalente a la producción de la Central Paute. Para cambiar esas plantas viejas se requieren unos \$700 millones.

Otro problema es que existe una demanda adicional de 150 megavatios por año, los cuales deben ser generados por plantas hidroeléctricas. El no pago de las distribuidoras a las generadoras ha conducido una situación financiera delicada para la generación, pues se ha acumulado una cartera vencida que bordea los 500 millones de dólares. Esto implica que hasta el octavo mes del año pasado, las distribuidoras cancelaron apenas el 30% de los 694 millones adeudados a las empresas de generación y transmisión por la producción y transporte de electricidad en dos años.

A pesar de que existe por parte del CONELEC una jurisdicción coactiva para que se cancelen los valores pero esto ha sido mal llevado y no se lo ha aplicado, confirmando que muchas veces en nuestro país la ley se acata pero no se la hace cumplir. Transcribo el artículo de la ley que debería aplicarse para que sea efectivo

el cobro de las tarifas señaladas en el Reglamento Sustitutivo a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico: Art. 90."

De esta forma vemos que un sector medular en la producción y desarrollo de nuestro país, tiene graves deficiencias y le ha tocado al Estado recurrir a subsidios para que no colapse la generación de electricidad. Las generadoras por este motivo deben no solo depender de la facturación que proviene de las distribuidoras, si no obtener de otra forma sus recursos que veremos en el desarrollo de esta tesis.

CAPITULO I: LAS GENERADORAS Y LA PRIVATIZACIÓN

1.1 Reseña histórica sobre la Privatización

En los años setenta y principios de los ochenta, en el Reino Unido las empresas pertenecían al Estado siendo un país eminentemente capitalista y comercial y donde toda la población usaba los servicios que le proporcionaba el Estado.

Esta situación llevó a que se emprendiera una política de libre economía donde las empresas se coticen en la Bolsa de Valores y el común ciudadano pueda comprar las acciones en el mercado bursátil. Las acciones de estas empresas, que pertenecían al Estado, se cotizarían de esta forma y así poner en práctica una real economía de mercado donde el Estado pasa a ser solamente la autoridad que controla legal y económicamente.¹

Varios países han seguido este ejemplo alrededor del mundo, los más evidentes han sido dentro del continente europeo. La importancia de que las empresas se manejen de esta manera es porque son calificadas por una calificadora de riesgo, que es una empresa independiente de la Bolsa de Valores pero aprobada y registrada por el Estado mediante un ente regulador.²

Este ente regulador, por medio de su control, se dedica a revisar la solvencia, los activos, el posicionamiento de una empresa en el mercado, su tasa interna de retorno (TIR) para evaluar y otorgar una calificación como condición previa para que la empresa pueda cotizar en la Bolsa de Valores.

Lo que se busca con la privatización es la optimización de los recursos, el control legal y económico de las empresas por parte del Estado y que este control mejore el servicio para los consumidores finales.³

1.2 Concepto de privatización

Existe una gran confusión con los conceptos de capitalización y privatización. La privatización es un **proceso** mediante el cual las tareas son transferidas del sector público al sector privado. Este proceso permite a los actores no gubernamentales intervenir cada vez más en la financiación y prestación de servicios asistenciales y conlleva la introducción de cambios en las funciones y responsabilidades públicas y privadas.

Es un proceso en el cual el Estado o la entidad pública deja de ser el único y monopólico que presta un servicio, razón por la que entra a competir con otras empresas dentro de una área determinada y, el Estado o entidad pública, pasa a ser el órgano de control y vigilancia.

Mientras que la capitalización la podríamos definir como un proceso en el cual se vende a inversionistas privados una parte de las acciones; está

definido en la ley los inversionistas deben comprar el 51% de las acciones para ser considerados propietarios mientras que el Estado o entidad pública mantiene un paquete accionario dentro de la empresa.⁵

Que estipula la ley en sus Artículos 5, Art. 44, Art. 45 y Art. 46: **La Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada Ley no.50** (R.O. 349 del 31 de Diciembre 1993, y R.O. Reglamento decreto ejecutivo 2328 suplemento del R.O. 581 del 2 de diciembre de 1994), establece que es un **imperativo** el desarrollar la economía de mercado al colocar las acciones de las empresas de generación eléctrica en la bolsa de valores.

En el Art. 56, y en el Art. 17 del reglamento de la ley de creación del Fondo de Solidaridad se estipula que para la privatización se debe negociar en la Bolsa de Valores.

Las privatizaciones como podemos ver deben ser efectuadas bajo un estricto control de cómo se realiza el proceso, no debe existir ninguna duda, porque se corre el peligro de que se de a un precio que no es el real. Por este motivo, se debe dar una justa valoración contable y comercial durante la calificación.

Este es el marco legal que nos brinda la Legislación. Podría ser el más adecuado para este caso, al ser las empresas generadoras compañías

⁵ Manual de Derecho Mercantil, Víctor Cevallos, II Edición, Editorial Jurídica del Ecuador.

⁶ Ibidem

anónimas y siendo que el poseedor accionario es el Fondo de Solidaridad que a su vez es un sujeto de derecho público.⁷

1.3 Evolución jurídica del concepto de privatización

La primera fase para la privatización de una empresa es la preparación de la venta, aún cuando la presión de la situación pueda considerarse como uno de los factores más importantes que incide en la celeridad con la que se trata de vender la empresa. También existen otros elementos de política que son determinantes en la preparación de la venta.

La reestructuración es un paso previo a la privatización. En algunos casos, la reestructuración es absolutamente necesaria para promover la competencia o facilitar la venta pero la reestructuración tiene riesgos y plantea problemas importantes.⁸

En primer lugar, puede resultar una operación que consuma demasiado tiempo, dando lugar a que se pierda la oportunidad de privatizar. El proceso debe ser en un tiempo máximo de un año calendario para identificar los problemas y conseguir las soluciones.⁹

En segundo lugar, la empresa puede demandar recursos importantes de los cuales carece el Estado. De esta manera, será necesario identificar los gastos en que se van a incurrir previo al proceso para que la empresa se encuentre totalmente saneada.

En tercer lugar, puede ocurrir que la reestructuración disminuya el número de potenciales interesados si ella no coincide con los programas de inversión que estos últimos desean.¹⁰

Por estas razones, es posible concluir que la reestructuración de las empresas públicas, como paso previo a su privatización, sólo debe ejecutarse cuando se cumpla alguna de las siguientes tres condiciones:

- Cuando se requiere permitir o promover la competencia
- Cuando es absolutamente necesaria para hacer posible la venta
- Cuando el Estado tiene claras ventajas comparativas a favor del sector privado.⁶

La posibilidad de mejorar el precio final de venta de la empresa, implica suponer que el Estado no tiene mayor capacidad para agregar valor que el sector privado. Esta es una actividad de la cual precisamente se está retirando el Estado. En este sentido, cabe decir que las mismas razones que conlleva a la privatización, deben permitir al sector privado realizar la tarea de reestructuración de las empresas a privatizar.

La segunda fase de la privatización es el método de venta. Hasta ahora se ha experimentado una amplia gama de esquemas o modalidades de

2. Reingeniería para privatizar empresas públicas, INTERNET, proceso de privatización en el Perú.

⁹ Ibidem

¹⁰ Ibidem

privatización y se sigue innovando en este campo. Por lo que no existe un patrón fijo. Obviamente, la modalidad de privatización ha estado en alto grado determinada por el tipo de empresa o actividad que se privatiza pero, en general, la fórmula que ha predominado es la de la búsqueda de un inversionista estratégico.¹¹

Las empresas calificadas por las casas de riesgo deberían conocer qué situación real tiene la empresa o empresas bajo este esquema privatizador. Por ejemplo: se vende un porcentaje de acciones, con el control de la empresa, al Estado para garantizar su manejo; otro porcentaje de las acciones que suele estar entre 4% y el 20% se los vende a los trabajadores de la empresa privatizada y el resto lo lleva el gobierno al mercado Bursátil.¹²

Este ha sido el esquema utilizado en la venta de empresas de telecomunicaciones, eléctricas y muchas otras. Podríamos decir que ha sido el esquema predominante en las grandes empresas en general en los países que han privatizado.¹³

El objetivo de conseguir un inversionista estratégico para las grandes empresas que se privatizan ha predominado claramente sobre otros objetivos de política como el desarrollo del mercado Bursátil. En la venta del bloque accionario al inversionista estratégico ha predominado ampliamente la licitación pública. Ello ha contribuido de manera notable a transparentar los

procesos de privatización, lo que a su vez, ha contribuido a la viabilidad política.⁷

En un país tan inestable como el Ecuador, es digno destacar que siendo la privatización un proceso en el cual están involucradas continuas y cuantiosas operaciones mercantiles, este modelo de privatización provocaría consecuencias políticas.

Luego de haber desarrollado el esquema sobre el método de venta se procede con el tercer paso, el criterio de selección de los compradores, al igual que con el método de venta no ha existido un único método ni siquiera en el interior de cada país para seleccionar los compradores finales de las empresas públicas a privatizar. Considero personalmente que el mejor método para que se pueda privatizar es que se realice el movimiento por medio de Bolsa de Valores, ya que la empresa deberá calificar con los estándares nacionales para cotizar en bolsa de valores, debiendo ser una empresa que demuestre que tiene una solvencia y estabilidad de sus activos, por ende la reingeniería debe ser óptima para poder entrar al proceso privatizador.

Una preocupación de la población en el caso de las empresas generadoras de electricidad se privaticen, es el que las tarifas van a incrementarse, por el hecho de buscar una mayor competencia entre el precio que cubra los costos fijos que las empresas tienen, pero estas empresas de seguir en las manos del Estado sin buscar un mejoramiento en lo absoluto y el

⁷ Curso de legislación Tributaria Corporativa, Diego Almeida Guzmán, editorial FBT

gran perjudicado es el pueblo mismo, lo interesante es cuantificar el impacto en los actores económicos de la sociedad.

Los trabajadores creen que pierden con la privatización de las empresas, en este caso las generadoras, de los casos de otros países se ha podido notar que nunca han perdido en algún caso de privatización, se los ha incluido como parte de los nuevos accionistas.⁸

El presupuesto general del Estado se incremento y pudo mejorar los servicios que el Estado brinda, de está forma se puede considerar que fue algo positivo para el Estado.

1.4 Definición de privatización.

La Privatización es un proceso mediante el cual las tareas son transferidas del sector público al sector privado. Este proceso permite a los actores no gubernamentales intervenir cada vez más en la financiación y prestación de servicios asistenciales, y conlleva la introducción de cambios en las funciones y responsabilidades públicas y privadas.⁹

Las responsabilidades públicas lo que buscarán es el mejoramiento en el control de forma financiera así como de gestión, que el control sea meramente estatal y no de brindar el servicio, en cambio la responsabilidad privada va con respecto al servicio que sea este de la mejor calidad, y sea la gente que recibe

⁸ Ramírez Cardona, Alejandro Derecho Corporativo.

⁹ Ibidem

el servicio las personas beneficiadas con el proceso. La financiación entra muy¹⁰ ligada a la privatización porque es este el motivo principal del Estado para obtener recursos frescos, pero estos recursos sean obtenidos con una buena valoración donde se pague el precio justo de las empresas, que es muy importante para el Estado, el proceso debe ser lo más claro y transparente.

Para tener en punto claro voy a en listar los ítems conceptuales que se deben cumplir:

- Preparación de la venta.
- Reestructuración de la empresa. Siempre y cuando se pueda promover la competencia, es absolutamente posible la venta, cuando el Estado tiene claras ventajas comparativas para el sector privado.
- Promover la competencia y facilitar la venta.
- Búsqueda del inversionista estratégico.
- El porcentaje que se invertirá en el mercado de capitales.
- Hacerlo por licitación.

Dando cumplimiento con el artículo Art. 56 de La Ley de Régimen del Sector Eléctrico y el Art. 41.-así como el Reglamento General de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico Art. 41, y la Ley de Régimen de Sector Eléctrico Art. 28.

La transferencia de acciones de propiedad del Fondo de Solidaridad, o del derecho preferente para suscribirlas, se llevará a cabo mediante procedimientos públicos competitivos, en igualdad de condiciones para todos los interesados. Para este propósito, el Fondo de Solidaridad pondrá a disposición del sector privado un porcentaje mayor al 51% de acciones con

¹⁰ Ibidem

derecho a voto o suscripción de acciones con derecho a voto en el capital de la empresa. El precio base de la venta será el valor proporcional que resulte de la valoración de las empresas como negocio en marcha, para cuyo efecto se considerará el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico, así como valores intangibles que sean técnicamente admisibles. La valoración será realizada por consultores calificados, las calificadoras de riesgo que mencione, que acrediten reconocida experiencia así como solvencia técnica y que sean escogidos mediante licitación pública internacional.

El sector privado podrá proponer, a su riesgo, el desarrollo de otros proyectos alternativos que deberán ser previamente aprobados por el CONELEC en cuyo caso, pasarán a formar parte del Plan Nacional de Electrificación y serán ejecutados por el proponente sin necesidad de licitación ni concurso. Tal aprobación únicamente podrá ser negada por las mismas razones señaladas en el artículo 30 de esta Ley.¹¹

El Estado ecuatoriano, bajo ningún concepto, garantizará a ningún generador la producción, precio y mercado de energía eléctrica. Sin embargo, durante un período de transición hacia la estructuración de mercados competitivos, conforme a las regulaciones que dicte el CONELEC en forma inmediata a la expedición de la presente Ley Reformativa, podrá promover esquemas que permitan garantizar, al inversionista privado, el cumplimiento de los contratos de compra venta de energía que se celebren de conformidad con esta Ley. Tales esquemas serán de aplicación general y de preferencia con el apoyo de instituciones multilaterales de crédito y otros agentes financieros

públicos o privados, que ofrecieren su contingente para participar en tales programas.

Las personas naturales o jurídicas, adjudicatarias de una concesión requerirán de autorización expresa del CONELEC para realizar ampliaciones de las instalaciones existentes.¹²

Las concesiones de generación, transmisión y distribución serán otorgadas por el CONELEC de conformidad con lo establecido en esta Ley.

En el caso de explotación y mantenimiento de centrales de generación existentes, las concesiones serán otorgadas a las empresas constituidas de conformidad con el artículo 26 de esta Ley.

El concesionario podrá participar en la nueva licitación pública siempre que el CONELEC califique previamente como adecuado el servicio del Estado durante la vigencia del contrato, la herramienta jurídica sería la Ley de Mercado de Valores. Art. 56. y Art. 62.

¹¹ Legislación

¹² Anuario del CONELEC, 2004.

CAPITULO II

2.1 El Fondo de Solidaridad Ecuatoriano.

La Constitución Política de la República del Ecuador expresa lo siguiente en su art. 250: "El Fondo de Solidaridad será un organismo autónomo destinado a combatir la pobreza y a eliminar la indigencia. Su capital se empleará en inversiones seguras y rentables y no podrá gastarse ni servir para la adquisición de títulos emitidos por el gobierno central u organismos públicos. Sólo sus utilidades se emplearán para financiar, en forma exclusiva, programas de educación, salud y saneamiento ambiental, y para atender los efectos sociales causados por desastres naturales."¹³

El capital del Fondo de Solidaridad provendrá de los recursos económicos generados por la transferencia del patrimonio de empresas y servicios públicos, excepto los que provengan de la transferencia de bienes y acciones de la Corporación Financiera Nacional, Banco de Fomento y organismos del régimen seccional autónomo, y se administrará de acuerdo con la ley.

En cualquier caso será básico que se mantenga la finalidad del fondo, por que **es el accionista principal, pero la figura de la privatización** deberá

¹³ Legislación

mantener la misma en lo que respecta al porcentaje accionario, más el control de las acciones y su administración es de carácter privado.”

En un breve análisis de la que estipula la Constitución es claro el objetivo del Fondo de Solidaridad, más los gobiernos lo han utilizado en los últimos años en el fondo de proselitismo para sus fines particulares, desviando totalmente la Misión del Fondo, por este motivo como tesis, estas empresas en particular las, generadoras deberían ser empresas que al pertenecer al sector privado, y fomentando su mayor competitividad; deberían cotizar en Bolsas de Valores.

Será una forma directa de control por parte de la ciudadanía, sobre estos valores que en la actualidad mantienen un control de la Contraloría del Estado pero de forma parcial, y la Superintendencia de Compañías, ya que su administración sigue siendo por parte del Poder ejecutivo.

2.2 Las privatizaciones en América Latina .

En la privatización como en todo negocio, tiene que ser bien administrados sus recursos, las personas que la ponen en práctica deben ser las más idóneas dentro de la sociedad, si no se invierten de forma correcta o no se realiza la reingeniería de forma correcta las consecuencias son nefastas, o por el contrario la economía se reactiva y los recursos frescos bien aprovechados son base para generar nuevos, y mantener una economía sana dentro del Estado, a continuación veremos los casos de 3 países

Latinoamericanos que emprendieron procesos de privatización como lo son la Argentina, Chile, Perú.¹⁴

2.2.1 El caso del Estado Argentino.

Como es conocido por todos, la Argentina tubo un proceso agresivo de privatización que fue en un comienzo una gran entrada de divisas, más el mal aprovechamiento de los recursos así como el gran incremento de la burocracia en que incurrió el Estado Argentino, así como el manejo corrupto de los fondos hicieron la debacle financiera y social.

Al haber promulgado leyes como la del “Corralito” financiero, o el pago de la mitad de los salarios a los burócratas que son medidas de shock para la sociedad. Tubo excepciones en algunos casos más, en su generalidad los recursos no fueron bien administrados por los funcionarios públicos, la excepción fue la empresa YPF (Yacimientos Petrolíferos Fiscales).

La privatización en Argentina tubo diferentes facetas pero la más clara fue desvalorización del dinero, las varias devaluaciones ya que el sistema de la convertibilidad no dio el resultado al no pasar al sistema de dolarización inmediatamente donde se comenzó a notar que el dinero adquirido por la venta de las empresas se iba esfumando y no había una reinversión por parte de las empresas que invirtieron en el país y de está forma el país dejó de tener una

¹⁴ Notas sobre la Privatización, editorial Perrot, Argentina, varios autores.

liquidez real que se vio en la reducción de personal en la burocracia; la gente que realizó estos procesos no fueron las más idóneas siendo buscadas luego por la justicia.

2.2.3 El caso del Estado Chileno.

En Chile donde los recursos fueron bien manejados,¹⁵ el sistema jurídico fortalecido por el Estado y los recursos bien administrados, hicieron que la economía se fortalezca y se den mayor cantidad de inversiones en la economía.

Se crearon fuentes de trabajo, y de esta forma tener un ambiente de seguridad para la inversión dentro de los procesos de privatización. Con ejemplos muy claros como fueron las empresas de generación eléctrica y de seguridad social.

Para esclarecer mejor lo dicho expondremos un caso real que sucedió en Chile: Con la transmisora de electricidad, que tenía fuertes deudas y por este motivo no podía seguir así con su administración dando paso a que se de el proceso de privatización.

La venta, que se concretó el 23 de octubre, es la mayor operación anunciada durante el 2000. Aunque el grupo Angelini, a través de AntarChile,

cerró a comienzos de año 2000, la compra del 30,05% de Copec a Carter Holt Harvey, en US\$ 1.233 millones, la transacción fue anunciada oficialmente el 19 de diciembre de 1999.¹⁶

La licitación de Transelec fue iniciada el 28 de junio y cinco grupos eléctricos internacionales fueron precalificados para competir por la empresa: la inglesa National Grid, la Estadounidense Aes Corporation, la canadiense Hydro Québec, Red Eléctrica de España y la colombiana Interconexión Eléctrica S.A (ISA). La competencia solo de National Grid, Red Eléctrica de España e Hydro Quebec, pero sólo esta última presentó la única oferta luego que el directorio de Endesa les comunicara el precio mínimo: US\$ 1.073 millones. La canadiense ofreció US\$ 3 millones sobre ese valor y se quedó con Transelec.¹⁷

El caso chileno nos muestra que las privatizaciones hacen el ingreso de nuevos y frescos capitales dentro de la inversión que llega al país, pero no debemos dejar de lado a la forma en que estos capitales ingresaran dentro del país ya que estos pueden ser capitales que solo sean para la compra o reingeniería de la empresa a privatizarse. El concepto económico de una privatización es que el dinero circule y se tenga una empresa eficiente con una seguridad jurídica adecuada son reglas claras, para las empresas que empiezan un proceso privatizador.

¹⁵ Banco Mundial Informe anual, 2003.

¹⁶ Tiempos del Mundo, la estabilidad Chilena marzo 2003.

¹⁷ Ibidem

Las reglas se encuentran enmarcadas y deben ser dadas por un Congreso Nacional que mantenga una línea, una forma de asegurar al inversionista

Extranjero que será controlado pero que las reglas con que se harán los procesos privatizadores serán una política de Estado, y no una rifa a la que los inversionistas no podrán atenerse por ser una ruleta del mejor postor.

En el caso Chileno la mayor enseñanza que nos puede brindar es la seguridad jurídica que brindó el Estado chileno a la inversión extranjera por medio de la privatización.¹⁸

Con el caso chileno es el ejemplo que debemos seguir en caso de que se desee llevar una privatización agresiva en nuestro país.¹⁹

2.2.3 Caso del Estado Peruano.

Como caso especial veremos al del Estado del Perú donde, el proceso se dio con éxito pero al mismo tiempo se descubrió un manejo corrupto del proceso por la falta de transparencia entre los actores del mismo.

La privatización se tradujo en ventajas a la población, el gobierno pudo reducir drásticamente sus subsidios, que en la mayoría iban destinados a cubrir tarifas bajo los costos económicos de los servicios, y el gasto de mantener los activos.

Esta realidad se refleja en las tendencias presupuestarias de la región, donde el volumen de recursos públicos dedicados a inversiones en infraestructura cayó del 1,2% del PIB regional en 1989 a 0,6% en 1998.

La eficiencia y calidad de infraestructura fueron otras consideraciones de largo plazo para las privatizaciones en energía, telecomunicaciones y transporte, y en menor grado sanitarias.

Algunos ejemplos de Privatización en Bolsa en Perú: **Empresa de Generación Eléctrica de Lima S.A. (Edegel)** - *Generación de Electricidad*. El 17 de octubre de 1995 se subastó el 60% de las acciones de Edegel, resultando ganador Generandes Co., consorcio integrado por EP.Edegel Inc.(Delaware, USA), Inverandes (Argentina), Wiese Inversiones Financieras S.A.(Perú), Inversiones Graña y Montero S.A. (Perú). Este consorcio ofertó US\$ 424.4 MM en efectivo, más US\$ 100 MM en papeles de la **Deuda Externa**. Adicionalmente se comprometieron a instalar 100 MW adicionales antes de los próximos 12 meses. La venta de acciones a los trabajadores se realizó en agosto de 1996.

Empresa de Generación Eléctrica Nor Perú S.A. (Egenor) - *Generación de Electricidad*. El 25 de junio de 1996 se subastó el 60% de las acciones de

¹⁸ Ibidem

Electroperú en Egenor. El ganador fue Inversiones Dominion Perú S.A. al ofrecer US\$ 228.2 MM pagaderos en efectivo y **comprometiéndose a instalar una planta de 100 MW en el plazo de 3 años.** Inversiones Dominion Perú S.A. es un consorcio integrado por Dominion Energy Inc. (97.6%) , Marc T. Cox IV (1.2%) y Thomas F. Farrel (1.2%). Dominion Energy Inc. es el operador técnico. Como vemos es un incentivo para que venga la inversión extranjera si se aplica correctamente el marco jurídico, sobretodo la transparencia del proceso para los inversionistas.

Empresa Eléctrica de Piura (EEP).- *Generación de Electricidad.* El 2 de octubre de 1996, luego de la **capitalización** de US\$ 40 MM el número de acciones de la nueva empresa es de 250'360,427 teniendo el Estado el 59.77%. El Consorcio ganador, Eléctrica Cabo Blanco al manifestar su interés de quedarse con el 60% de las acciones de la nueva empresa, compra al Estado el 19.77% de acciones a un valor de US\$ 19.67 MM. El Consorcio está integrado por Endesar, Energía Andina S.A. y Peru Electricity Fund.²⁰

2.3 Las privatizaciones en el Ecuador, esfuerzos del CONAM.

La Ley de Modernización del Estado Privatizaciones y Promoción de la Inversión Extranjera, instituyo un organismo: El Consejo Nacional de Modernización del Estado, CONAM, es el organismo del Estado que se ha encargado de los procesos de privatización así como de los de concesión

¹⁹ Ibidem

²⁰ El proceso privatizador en el Perú, ministerio de Economía, INTERNET.

dentro del Estado ecuatoriano, más este ha recibido una continua crítica por parte de los sectores sociales que esta vez expresan que no es el verdadero valor real de estas empresas y el problema deja de ser jurídico o económico para pasar a ser político. El CONAM como se lo conoce en sus siglas es un ente por el cual se ha destinado a valorizar y entrar en el proceso de venta de las empresas del Estado. Este organismo fue creado en el gobierno del Arq. Sixto Durán Ballén para poder facilitar el proceso que en el mundo se estaba fraguando y el Ecuador también entraba dentro de los procesos de la privatización, más la gran inestabilidad política no ha podido darnos una mejor ventura en estos procesos, solo en el año 2002, el proceso de privatizar las compañías eléctricas causó una feroz oposición por parte de los actores sociales que ahora se encuentran en el poder, y no se sabrá si el CONAM continuará con su labor o solo será una oficina más donde se alimentará a la burocracia que no produce, si la política del gobierno no muestra un cambio de acuerdo a los procesos de modernización de un Estado.

El CONAM tiene valorizadas las empresas generadoras, con un gravísimo error, estos valores cambian así como cambian los gobiernos, la justa valoración la da el mercado con la mejor reingeniería que podamos demostrar que estas empresas se encuentra dentro del marco legal y competitivo con un Estado dinámico que no obstruye un proceso de ingreso de estas empresas a las Bolsas de Valores del País , ya que en una oferta de valores podemos ofrecer el mejor precio y el que gana es el Estado, pero todo el proceso debe ser vigilado y debe ser público, por que si no se lo hace de esta forma será un proceso viciado, el cual no será el Estado el beneficiado, el

mercado de Valores es muy sensible y lo más recomendable es que la economía de un país se fortalezca ofreciendo a los miembros del Estado la posibilidad de poder invertir en su propio país.

Al ser una entidad adscrita a la Presidencia a la República el CONAM es en realidad la oficina ejecutora de las políticas sobre la inversión del dinero por parte del gobierno, por este motivo está al sentir político del régimen.

CAPITULO III

3.1 Es la vía más adecuada para la modernización la Privatización.

Como premisa principal debemos primero entender que cualquier proceso de privatización en un Estado será para poder obtener liquidez al gasto corriente dentro del presupuesto del Estado. Al ser un proceso toma un tiempo determinado que por lo menos lleva tres años, uno que es de la reingeniería interna de la empresa generadora el segundo de el proceso de venta de las acciones de la empresa tanto en el mercado local como en el mercado internacional, el tercero es el inicio de las actividades como empresa privatizada.²¹

En el Ecuador el proceso ha quedado inconcluso por los distintos movimientos políticos de nuestra agitada agenda política nacional, como es de conocimiento general.

Las generadoras eléctricas con Hidropante a la cabeza no ha experimentado los procesos de falta de agua, o estiaje mejor conocidos, ya que ha habido lluvias en el sector pero todo esto también se da por la falta de

²¹ Introducción a la Economía, Pascual Rosetti, Río de Janeiro.

una buena administración que planifique el momento para cuando no se den las lluvias.²²

La modernización lo que busca es mejorar los servicios pero por medio de la inversión privada como ente dinámico de la economía de cualquier nación, y el Estado como un ente regulador de las políticas, por medio de un marco jurídico lo suficientemente transparente que brinde a los inversionistas nacionales como extranjeros la seguridad de que sus inversiones estarán de la mejor manera administradas y seguras dentro del país.²³

La privatización es una de las opciones, como hemos visto ha funcionado en dos países más en la argentina no ha sido el mejor resultado posible por causas conocidas por todos, pero lo positivo que podemos resaltar de todo esto es que en los países que ha dado resultado la economía se ha mejorado y las cuentas fiscales se encuentran sanas, así como el marco jurídico que es donde nos interesa se ve claramente una facilidad para que los inversionistas puedan mejorar cada vez más su inversión, creciendo y mejorando este sector de la producción.

Las generadoras son parte fundamental de la economía de un país, por este motivo el Estado debe buscar socios estratégicos o a su vez dentro del mismo Estado buscar la inversión de la gente que desea que su dinero

²² Noticia, Las Eléctricas y su situación, Diario El Comercio.

²³ Ibidem

produzca y que mejor que una empresa donde el Estado mismo es el mayor beneficiado.²⁴

El marco jurídico es fundamental para poder iniciar el proceso que va tomado de la mano del proceso político, ya que debe ser a la vez los varios actores políticos ser parte y que no exista una oposición en el Tribunal Constitucional ya que la misma Constitución de la República estipula que la energía eléctrica es un bien del Estado, ya que es por parte del ejecutivo la venta de cualquier empresa por la vía del CONAM.

No expreso que sea la vía más perfecta de poder modernizar ha una empresa del Estado pero es el proceso más claro ya que se puede dar a la transparencia por la venta que se realiza en los mercados internacionales y nacionales, y la forma en que se maneja los fondos del Estado en el presupuesto del Estado es básico, la distribución como nos ha demostrado el caso chileno y el peruano es una vía clara y directa para tener una cuentas fiscales claras y sanas con liquidez, lo que el Estado gana con la privatización de las generadoras eléctricas es poder cobrar a las distribuidoras de forma eficaz dándole al Estado un servicio de calidad, que es lo que busca el usuario.²⁵

²⁴ Ibidem

²⁵ Modelo energético del la CAN, registro de consumo de la CAN

3.2.1 Datos comparativos del consumo eléctrico entre un ecuatoriano, un colombiano, un peruano y un venezolano.

El siguiente cuadro lo exponemos para dar una mejor comprensión dentro de los mercados eléctricos en la región, y como se encuentra el mercado ecuatoriano, con respecto a otros de la misma región.

AÑO 2000	UNIDADES	DATOS BÁSICOS		
		COLOMBIA	ECUADOR	PERÚ
Población	N.de habitantes	42,000,000	12,700,000	25,600,000
PIB total	MUS \$corr	82,800.	10,010.	53,900.
Area	K2m	1,141,568.	272,045.	1,285,216.
Demanda de Energía	GWh	42,377.	10,612.	15,318.
Damanda Interna	GWh	42,337	10,612.	15,318.
Exportación (neto)	GWh	41	0	0
Demanda de potencia	Mw	7,712	1,941	2,620.
Capacidad Instalada	Mw	12,264.	3,350.	5,593.
Hidráulica	GWh	8,026.	1,707.	3,104.
Térmica	GWh	10,443.	3,003,	2,526,
Fuente: Proyecto CIER				
Mercado eléctrico andino.				

26

3.3 ¿Puede haber otras alternativas? ¿Por qué Falló en el Ecuador? Resolución del Tribunal Constitucional.

²⁶ Cuadro del registro energético de la CAN.

Hay varias opciones también para poder modernizar a las empresas generadoras podemos citar las siguientes:

La Concesión: Es la forma en que puede el Estado mantener la propiedad de una empresa pero su administración será de forma privada. Se puede hacer de la siguiente forma, dando la mayoría de acciones en caso de ser una compañía anónima al Estado pero el control de la compañía con un directorio donde sea designado de forma privada la administración y los estatutos no den injerencia del Estado en la administración tomando el caso chileno.

En el país todo contrato de concesión deberá cumplir con lo estipulado en la ley de modernización del Estado que dice: "Los contratos de concesión deberán contener por lo menos lo siguiente:

- a) Las razones que han motivado su otorgamiento; la naturaleza del servicio que se contrate, con indicación de si se lo hará de manera exclusiva o complementaria a la que realiza el Estado; y, el ámbito geográfico: cantonal, provincial, regional o nacional en el cual se lo realizará;
- b) El tiempo durante el cual el contratista tendrá el derecho y obligación de prestar el servicio;
- c) El esquema de retribución del contratista;
- d) Las obligaciones específicas de la contratista primordialmente la de ejecutar y mantener el servicio a su cargo, en forma regular, continua,

eficiente e ininterrumpida, realizando las inversiones necesarias, velando permanentemente por el interés general. Para ello, la entidad contratante tendrá el derecho de solicitar cuando lo considere necesario un informe detallado de las labores del contratista;

- e) El derecho del Estado a calificar las tecnologías a utilizarse cuidando que no afecten el medio ambiente y a supervigilar el cumplimiento de las obligaciones de la contratista en todo momento;
- f) Las sanciones para el caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista;
- g) La garantía que deberá rendir el contratista a la firma del contrato a satisfacción del Estado, para avalar el cumplimiento de sus obligaciones;
- h) La contratación de seguros para salvaguardar los bienes del Estado;
- i) El derecho del Estado a declarar terminado el contrato si el contratista hubiere incurrido en alguno de los casos mencionados en los literales a), b) o c) del artículo 6 de esta Ley, así como si incumpliere, grave y reiteradamente sus obligaciones. Previa esta declaratoria el Estado notificará al contratista para que en un plazo no mayor a sesenta días, a partir de la fecha de notificación, cumpla con las obligaciones o desvanezca los cargos formulados;
- j) El procedimiento para establecer los pliegos tarifarios en los casos de servicios para la ciudadanía."²⁷

Como podemos ver el Estado se reserva el poder rescindir del contrato, esto es muy grave por que de esta manera no se brinda seguridad jurídica del Estado a los inversionistas privados, los inversionistas aún así deberán dar

fuerzas garantías así vuelve a entrar la política en cualquier proceso, como lo sería el proceso de privatizar las generadoras eléctricas.

La capitalización: Es una forma en la que se aumenta el capital de la empresa siendo el inversionista privado el que aporta con capital fresco a la empresa y de esta manera se hace propietario y controla la empresa, esta forma de modernización tiene una desventaja que es el que siempre se deberá contar ²⁸ con la aprobación del sindicato de la empresa, que solo si se hace una reingeniería correcta y aún así puede haber mucha oposición por parte de los sindicatos. Los sindicatos de las generadoras eléctricas no son muy grandes y por ende estas no serían problema para que entren en la participación del capital de la empresa.

Como es conocido por todos el Tribunal Constitucional prohibió la venta de las distribuidoras eléctricas, sellando el paso para la privatización de las generadoras, en el anexo a esta tesis podemos ver una copia de la resolución por parte del Tribunal Constitucional.²⁹

3.3.1 Análisis de la resolución del Tribunal Constitucional.

El recurso de inconstitucionalidad base principalmente en que si se realiza una reforma legal se debe realizar por cada materia, y no como fue realizado en la ley de participación ciudadana más conocida como TROLEII que reformaba varios cuerpos legales, art.148 de la Constitución.

²⁷ Reingeniería de Empresas Públicas, Vicente Torres, Administración Global, Quinta Edición,2003

²⁸ Ibidem

Respecto al fondo de solidaridad, el artículo 250 de la Constitución señala que su función es el combate a la pobreza, para lo cual puede emplear solo sus utilidades y que le es prohibido el vender las acciones de su propiedad y constituir fideicomisos.

Las reformas a la Ley del Régimen del sector eléctrico eliminan las responsabilidades del CONELEC del cumplimiento obligatorio por parte del sector público del plan de electrificación, además de dejarlo con carácter meramente referencial, textual como lo dice la resolución, que el artículo 249 de la Constitución señala que la provisión de servicios es responsabilidad del Estado, que los puede prestar de manera directa o indirecta "por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley", pero con los obstáculos legales que se van formando es casi imposible el poder realizar esta estipulación.

Al mencionar que los programas son referenciales se ha declarado inconstitucional, esto para que no se de por proteger los intereses nacionales y por que las compañías privadas tiene un afán de lucro según la ley de compañías.

Todo lo que fue mencionado como privado fue declarado inconstitucional en esta ley, a pesar de la moción de que participen los consejos provinciales y los municipios.

²⁹ Ibidem

3.4 ¿Es necesario el tener que recurrir por este medio?, ¿es conveniente para el Estado?

Este es un razonamiento en el cual se centra la tesis, por que se ha privatizado ciertas empresas y otras no, por que las generadoras que han venido funcionando relativamente bien podrían ser unas empresas que puedan ser privatizadas, la razón para privatizar más sencillas es que son empresas que solo rinden en un 60% si no es menos³⁰, de su capacidad pudiendo brindar como lo tenemos claro todos los ciudadanos un servicio de calidad dándonos energía de 220 Kilowatios, y no de 110 Kilowatios como lo tenemos en la actualidad. La generación por la falta de liquidez a la que la ha sometido las empresas distribuidoras es el fiel reflejo de una administración que no podemos demostrar que sea la más óptima, cuando a veces hemos sido todo el país víctimas de los apagones que han sido grandes retrocesos para la economía del país.³¹

Como hemos visto es un sector que en vez de dar ganancias al Estado bajo el actual ordenamiento jurídico, causa perdidas y es siempre motivo de discusión para poder llegar a quedarnos sin energía, por el simple hecho de no tener inversión, no cobrar las deudas a las distribuidoras, causando un continuo deterioro de las instalaciones, lo que ha sostenido es la interconexión con Colombia y Perú que han mantenido una venta regular a nuestro país regular.

³⁰ Revista Gestión el sector eléctrico en Tinieblas, 2003

³¹ Anuario del CONELEC

El Estado por ser la sociedad jurídicamente organizada es el ente que busca el bien común es decir el bien de todos , esto se traduce en dar el mejor servicio para sus administrados.

Es claro notar que es en primera instancia que el Estado nos provea de este servicio, pero si podemos brindar una mejor constante se debe hacer el esfuerzo para que se pueda dar un servicio de calidad permitiendo el ingreso de inversionistas.

Es igual de importante que estos buscarán la mejor rentabilidad por esta motivo se mejora a la empresa para hacerla atractiva y buena en sus cuentas, siendo un negocio que pueda dar frutos al inversionista por su claridad en la administración, facilitada por un abierto apoyo de un marco jurídico que lamentablemente no lo poseemos.³²

Como podemos ver es una relación donde se gana en todos los ámbitos y no sale ningún sector perjudicado ya que las tarifas serían bien cobradas para que se mantengan bien las empresas generadoras, sin tener que penar por las lluvias que estén o no en la cuenca del río Paute.

Las razones son claras pero la voluntad es parte del proceso, se expresa a la voluntad política ya que el organismo del ejecutivo (CONAM) es el que tiene que ejecutar, solo nos resta esperar que se pueda cristalizar la mejora de

³² Ibidem

la calidad de este servicio que muchas veces ha sido un lastre dentro de la economía de nuestro país.³³

El tema pasa por lo político específicamente para que se de un proceso privatizador en el país, de esta forma por más que exista una oficina adscrita a la Presidencia de la República como es el CONAM no se dará si no hay la voluntad política muy pesar de los ecuatorianos que somos los consumidores directos de los servicios.

Los servicios son de propiedad del Estado, nadie lo discute al mismo tiempo también como consumidores que somos sabemos que el servicio no es el mejor y la Constitución Política de la República expresa que los servicios que dará el Estado deben ser de calidad, por ende si el Estado no tiene la capacidad para poder darnos como los no ha demostrado es necesario que se pueda abrir al mercado de capitales para poder invertir en este tipo de empresas.³⁴

Los mayores beneficiados serían el pueblo mismo que podría invertir en este mercado interno , o poder vender paquetes accionarios en el exterior como nos dio en ejemplo el Perú , pero lo que se debe tratar de hacer es salir de un mal servicio que nos da el Estado.

Podemos buscar la inversión extranjera, que ingresos capitales frescos a nuestro país tanto en cuento se mantenga un porcentaje accionario del Estado

³³ Ibidem

³⁴ Ibidem

y el resto sea privado que puede ser interno o externo pero su administración sea privada buscando la eficiencia de estas empresas.

CAPITULO IV

4.1 Acciones que emitirían las empresas eléctricas generadoras privatizadas.

Las empresas generadoras al transformarse en compañías anónimas, que coticen en bolsa, sus acciones, pero en el momento de pedir su cotización en bolsa deben cumplir con la normativa que la bolsa exige para que su administración sea totalmente transparente, el pero que se tiene es que al ser el dueño actual el Estado, por medio de el Fondo de Solidaridad las cosas cambian, ya que el directorio del Fondo sería quien autorizaría la venta de las mismas.

A su vez el Fondo deberá actuar bajo la dirección del jefe de Estado, quien designa al Presidente de Fondo.³⁵

Lo más recomendable como se realizó en el caso peruano buscando buenos ejemplos, en las distintas privatizaciones que se realizaron en el vecino del sur, fueron emisión de acciones por un **aumento de capital**, donde se una parte de la acciones se colocaron en los mercados internacionales como la Bolsa de valores de NuevaYork, esta situación hace que la empresa deba ser

calificada por una calificadora y otra se colocó en los mercados internos como lo son la Bolsa de Lima.³⁶

El por que de un aumento de capital es por la siguiente razón: Al realizar un aumento de capital se debe hacer una inyección de dinero o de bienes, al punto de que el patrimonio de la empresa se vuelve más grande y es una inversión directa para el país, de esta forma el Estado no pierde si así lo estipulan los estatutos el control por medio de un directorio, o una buena representación para poder seguir siendo accionista de la empresa.

En nuestro caso podría realizarse de la misma forma, claro que en la versión ecuatoriana se tendría que repartir en tres, ya que la ley de mercado de valores expresa que de haber una emisión de acciones de empresas del Estado este deberá colocar la emisión en las dos bolsas que el país posee que son la de Quito y Guayaquil.

El colocar acciones en las bolsas de cualquier parte del mundo es conocido que los estatutos de las empresas que cotizan en bolsa deben ser de lo más transparentes. Son empresas que deben demostrar que sus Estados financieros están claros y accesibles al público que está dispuesto a comprar acciones de estas empresas, sus administradores quienes son y que políticas están aplicado a sus empresas para que estas estén dentro de una marco de productividad y eficiencia.

³⁵ Ediciones legales resumen de la Ley, Régimen Legal, 2003

³⁶ Curso de Legislación Tributaria Corporativa, Diego Almeida Guzmán, editorial Ecuador FBT.

Como vemos el proceso no solo es interno, en que la empresa mejore de manera expresa en el Ecuador, el proceso conlleva una exposición de la empresa en el exterior y ahí tendrá que cumplir con los lineamientos de poder cotizar en una bolsa internacional como lo es la bolsa de Nueva York .

Toda emisión de acciones como sabemos podrá ser por la capitalización o aumento de capital de la empresa, lo que busca el Estado en su fin directo es el mejoramiento total de la calidad del servicio, no podemos dejar de mencionar que habrá que hacer un sacrificio interno en cada una de estas empresas por que la reingeniería debe ser expresamente para poder emitir acciones en el extranjero como se realizó en el Perú, que es el ejemplo que seguiremos por la mayor similitud que hay entre los dos países.³⁷

Dependiendo de las necesidades de las empresas si necesita una directa inversión de liquidez solo lo podremos saber bajo las pruebas ácidas que se les aplique dentro de sus balances, y emitir obligaciones por el monto que sean necesario para poder salir de la dificultad, convirtiendo en viable a la empresa y atractiva a los mercados. ³⁸

Ya con la empresa en buen Estado sin activos improductivos, así con una pasivo manejable y un patrimonio que pueda ser el más adecuado para la empresa será el momento de poder dar una emisión con la respectiva publicidad de la venta de estas acciones. Si se realiza la correcta publicidad y a

³⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba, driskill S.A, Buenos Aires,1979

³⁸ Guiliani Fonrouge, Carlos M: Derecho Financiero, Ediciones Desalma,1978

los inversionistas adecuados la emisión será un éxito si se venden en el mejor precio por ser una empresa viable atractiva para el mercado de capitales.

Todo es un proceso que se debe realizar como política de Estado, las emisiones de acciones son el paso culminante de un proceso de privatización de su venta se verá el éxito o fracaso del mismo proceso.

Es un riesgo que lamentablemente se debe tomar por que a pesar de hacer todo el proceso de reingeniería correctamente, la emisión dentro de los parámetros legales si el mercado de capitales no acoge esta propuesta, por poca información o por que en ese momento las inversiones en este tipo de capital son atractivas pero el mercado se orienta hacia otras cosas, es parte de entrar en un mercado que lleva un riesgo, que no es cuantificable ya que siempre al cotizar en bolsa la empresa ofrece sus acciones para la compra, donde la continuidad del flujo de capital es lo más importante.³⁹

La ley de Mercado de valores será el marco legal para que estas empresa puedan emitir acciones a la venta en las bolsas de Quito y Guayaquil, pero algo que llama la atención de todo esto es que la ley indica que se deberá colocar acciones en los dos mercados siendo un mercado limitado por lo que respecta a lo nacional, por otra parte es lo más recomendable el colocar en el capital extranjero, donde las exigencias para que las empresa puedan llegar a emitir acciones es más estricto el proceso de calificación, por ende serán empresas que se serán controladas por políticas de la SEC (SECURITY ECHANGE MARKET), a pesar de que es una entidad extranjera, el hecho de que cotice en bolsa como la norteamericana, donde se vea una política de mal

manejo o una mala administración los mercados de la inversión, no invertirían en una empresa así.⁴⁰

4.2 Sistema legal para emitir Acciones en el Ecuador.

La ley expresa lo siguiente para poder cotizar en bolsa a nivel nacional en las bolsas de valores: Art. 20.- De la inscripción en el Registro del Mercado de Valores.- Para la inscripción de un emisor y sus valores, se requerirá previamente de **calificación de riesgo**, excepto en los casos previstos en esta Ley. No se admitirá la inscripción de un emisor que no esté acompañada de la inscripción de un valor específico o de por lo menos uno del giro ordinario de su negocio.

El C.N.V. regulará la inscripción y su mantenimiento, a fin de lograr que la información derivada de la inscripción y su mantenimiento permita al público identificar con precisión el valor o participante registrado y sus características.

La Superintendencia de Compañías procederá a la inscripción correspondiente en el Registro del Mercado de Valores en cuanto las entidades sujetas a su supervisión y control le hayan proporcionado información completa, veraz y suficiente sobre su situación jurídica, económica y financiera, y hayan satisfecho, cuando correspondiere, los demás requisitos que establezca esta Ley y las normas de aplicación general que se expidan. La

³⁹ Ibidem

⁴⁰ Ibidem

inscripción obliga a los registrados a difundir esta información en forma continua y al cumplimiento permanente de las exigencias correspondientes.

Todos los documentos e informaciones existentes en el Registro del Mercado de Valores estarán a disposición del público, excepto aquellos que el C.N.V. los califique como reservados.

La revisión del cumplimiento de los requisitos previos a la inscripción deberá ser hecha en el término de quince días. De existir observaciones, la Superintendencia de Compañías lo suspenderá hasta que se hubiere atendido tales observaciones.

La Superintendencia procederá a la inscripción correspondiente en el Registro del Mercado de Valores, una vez que hayan cumplido con los requisitos que para el efecto expida el C.N.V.⁴¹

De esta forma seguirán bajo la autorregulación de la mismas bolsas, según la ley de Mercado de Valores, serán calificadas por las calificadoras de riesgo independientes, y autorizadas por la Superintendencia de compañías para que sean empresas y el público en general, el que se les conozca su real situación.

La ley expresa sobre la calificación de riesgos: Art. 176.- Del objeto y constitución.- Las calificadoras de riesgo son sociedades anónimas o de responsabilidad limitada autorizadas y controladas por la Superintendencia de

Compañías, que tienen por objeto principal la calificación del riesgo de los valores y emisores. Estas sociedades podrán efectuar, además, las actividades complementarias con su objeto principal.

Las sociedades calificadoras se constituirán con un capital pagado no inferior al equivalente a quince mil UVC. Estas sociedades deberán cumplir los parámetros, índices, relaciones y demás normas de solvencia, exigencia y controles que determine el C.N.V., de acuerdo a su objeto social, tomando en consideración el desarrollo del mercado de valores y la situación económica del país. El incumplimiento de estas disposiciones reglamentarias será comunicado por las calificadoras de riesgo a la Superintendencia de Compañías, dentro del término de cinco días de ocurrido el hecho y, deberá ser subsanado en el plazo y la forma que determine dicho organismo de control.⁴²

Dichas sociedades deberán incluir en su nombre, la expresión "Calificadora de Riesgos", la que será de uso exclusivo para todas aquellas entidades que puedan desempeñarse como tales según lo establece esta Ley. (Para una mejor comprensión de lo expuesto detallamos lo que la ley expresa sobre la calificación de riesgos)⁴³

La emisión también podrá darse en el extranjero, en mercados más grandes como la bolsa de Nueva York donde la empresa puede también cumplir con los requisitos de liquidez previa la reingeniería y poder así obtener recursos directamente del extranjero, es conocido que actualmente será la

⁴¹ Legislación

⁴² Legislación.

misma empresa Hidropaute S.A. será la que emprenda la construcción del proyecto Mazar, para que haya sido más rentable y menos onerosa la inversión para la empresa si se podía emitir acciones para tener mayor liquidez, las razones son otras dentro del proceso de construcción.

4.3 Forma de emitir Acciones

Como hemos visto las formas de emitir acciones serán:

- Por medio de un aumento de capital.
- Por emisión de acciones en las bolsas nacionales y extranjeras, sin aumento de capital.
- Por la capitalización de la empresa, de sus acciones por el dinero que ha recibido de utilidad.
- Por el endoso de las acciones de la empresa a una compañía extranjera.

Todas estas formas de emitir las acciones serán de tal forma que se pueda ver cual es la más rentable para la empresa, el criterio personal es el del aumento de capital, y sus conveniencias siempre será difícil encontrar una política uniforme con respecto a la privatización de las generadoras ya que muchas veces son los municipios los dueños de las acciones y no solo el Fondo de Solidaridad o en algunos casos la empresa que se desea privatizar no es lo suficientemente atractiva para la inversión extranjera.⁴⁴

⁴³ Ibidem

⁴⁴ Anuario del CONELEC, 2004

Muchas decisiones no serán fáciles de tomar y muchas veces se preferirá el camino de la concesión que para los inversionistas extranjeros, con el riesgo latente del retardo del pago por parte del Estado, muchas veces no es rentable por que las condiciones que se plantea para este tipo de contrato no son de partes iguales sino que el Estado maneja a su gusto y la política, por que en la mayoría de los casos es parecido a un contrato de adhesión, así como la forma de tratar al socio inversor no siempre es la más adecuada.

Para cada empresa generadora será una forma muy importante para ampliar en sus recursos y el Estado de poder desligarse de un sector que siendo productivo puede surgir como un arranque de los capitales para que los inversionistas nacionales así como extranjeros sean atraídos por la inversión en el país con empresas que sí aseguran un rendimiento claro del dinero. Las ideas pueden ser de lo mejor pero lo que se pretende es que sea de la mejor forma el poder tener una de las empresas competitivas y al mismo tiempo dentro de un marco jurídico claro que sea amigable dentro de un proceso de inversión del extranjero.⁴⁵

La gran ventaja que podremos obtener con que estas empresas se coticen en la bolsa de valores es que sabremos su Estado real, en lo que se refiere a su sistema contable así como a sus administradores, esto da una transparencia para la realización de este proyecto, los beneficios se dan para los ciudadanos que pueden invertir en las empresas del Estado y no sacar los dineros a invertirlos en otros países que ofrecen rentas más seguras, pero con

⁴⁵ Legislación

un sistema promovido de esta forma es claro que los ecuatorianos estarán motivados para invertir si se da de esta forma la inversión.

CAPITULO V

5.1 Análisis de la Ley de Acceso y Transparencia a la Información Pública

En la Ley de Acceso y Transparencia a la información pública se consagra el principio de Publicidad, esto quiere decir que toda información debe ser conocida por todos los miembros de la sociedad esto nos faculta que para un proceso privatizador debe ser una fuente muy importante el que sea transparente el proceso así como la venta y su cotización de acciones en los mercados de valores.⁴⁶

En su artículo primero se detallan como se podrá hacer un verdadero control social, de esta forma no escaparía al escrutinio público el proceso privatizador y de cotización de las empresas generadoras de electricidad, en los mercados de valores.⁴⁷

Es el artículo 3 literal c y h de la Ley que mencionamos el marco jurídico para poder fundamentarnos en la publicidad que debe tener este proceso, el principio de publicidad de entidades las cuales el Estado posee un paquete accionario como es el caso de las generadoras eléctricas.⁴⁸

La verdadera rendición de la información se la deberá hacer conforme lo establece la ley, con un informe anual de actividades que será entregado al defensor del Pueblo conforme expresa el artículo 12 de la Ley, de esta forma al notar alguna irregularidad será con el fundamento del informe.⁴⁹

⁴⁶ Legislación

⁴⁷ Ibidem

⁴⁸ Ibidem

⁴⁹ Ibidem

Como en todo en Derecho público debe ser motivado como principio constitucional, serán estos los informes la base que la sociedad y, los órganos de control puedan acceder como fundamento de la auditoria social que es normal en una democracia.⁵⁰

En un proceso como el privatizador donde será claro que se darán informaciones que la sociedad deba conocer, esto quiere decir lo que mencionábamos en un inicio en esta tesis, si no existe transparencia no se podrá dar un proceso beneficioso para la sociedad.⁵¹

Con este marco jurídico podemos establecer hasta el organismo independiente de control que podrá en su defecto tener las medidas coercitivas para que se de una proceso transparente y pueda ser lo más claro posible, solo de esta forma podremos asistir a un proceso privatizador con todas las garantías.⁵²

Esta Ley debemos verla como un instrumento de fiscalización de todos los procesos que se deben llevar en nuestro país, pero lamentablemente es conocido que hay procesos que solo se enuncian el principio de publicidad para cumplir una mera formalidad, porque en si todo el mecanismo se encuentra viciado.

Si un proceso en el que se está en juego la energía de una república es por de más que todo el proceso debe ser conocido por todos para que en caso de tener inconvenientes durante el proceso se pueda ser previsor y no caer en problemas por falta de publicidad. Los mecanismos de privatización en países como Chile se han dado bajo estos parámetros claros y donde la sociedad conocía de los procesos, más en procesos como los de la Argentina es evidente que un proceso privatizador no fue con la claridad ni la publicidad debida.

⁵⁰ Ibidem

⁵¹ Ibidem

⁵² Ibidem

5.2 Análisis de la Ley de Comercio Electrónico y su Reglamento.

Dentro de la legislación Ecuatoriana podemos ver que es una Ley de corte moderno, más como lo expresa esta misma ley los actos de comercio que se generaran dentro de una privatización son varios y más si se los realiza por medio de la red.

En el registro oficial No. Ley No. 67. R.O. Suplemento 557 de 17 de Abril del 2002, podemos ver el marco jurídico que los actos de comercio en este caso la cotización de las acciones en el mercado de valores, pero podemos avizorar que se dará un conflicto de leyes en el espacio, por que las leyes del mercado internacional son otras que las que detalla nuestra legislación, sobre todo en que nuestra ley no contempla el que las empresas coticen de forma extraterritorial sino en las bolsas nacionales.⁵³

Para este proceso debemos acordar que se tendrá que partir los paquetes accionarios tanto al mercado nacional y al mercado extranjero, pero ambos casos será su cotización en Internet todo el tiempo, las entidades de certificación que lamentablemente no nacen en nuestro país será las encargadas de certificar las transferencias que se den dentro de la compra y venta de los paquetes accionarios.

Para que se de una verdadera agilidad dentro de los procesos de privatización será recomendable que las transacciones se den bajo la firma electrónica autorizada por los compradores, asegurando la confidencialidad y seguridad jurídica que debe tener un proceso de esta magnitud cumpliendo el art. 17 de la Ley de Comercio Electrónico.⁵⁴

Es un problema en los actuales momentos que no exista una verdadera entidad de certificación que agilizaría el manejo de la información de los compradores a nivel nacional, por que podemos saber cuando son entidades de

⁵³ Legislación

⁵⁴ Ibidem

certificación de países desarrollados, más en nuestro país es difícil conocer si esto se dará en la brevedad posible, dentro del proceso privatizador será una herramienta que funcione como la libre compra de las acciones como sucede en los países del primer mundo.

Es tan fundamental que sea una entidad de certificación gubernamental, por el simple hecho de que se puede responder hasta por la culpa leve, por tal motivo desde mi punto de vista es necesario que sea de forma estatal y no dejar a la empresa privada que es susceptible de cometer el error y ser sujeto de sanciones penales. Art31 Ley de Comercio Electrónico.⁵⁵

La cotización y luego la compra de estas acciones, está amparadas en el artículo 46 y 47 de la Ley, para que los usuarios no tengan ningún temor de que las actividades por medios electrónicos tiene absoluta validez legal. Pero lamentablemente es conocido que los jueces de lo civil carecen de esta especialidad y tendrán que recurrir a los especialistas peritos para que sea más claro las controversias al nacer de este tipo de compras de forma electrónica.

Es determinante que el contrato escrito será el medio que facilite a la compra de las acciones, como lo estipula la ley de comercio electrónico en su art. 49 donde se detalla las formas que deben tener para que se pueda realizar y tenga absoluta validez todo acto de comercio entre las partes esto quiere decir que los compradores serán los que deban por medio de las casas autorizadas de valores y estas tener la autorización de su firma electrónica para realizar los negocios a nombre de los compradores.

Como podemos ver el marco legal está dado, son las instituciones que deben dar el gran paso, para que nuestro país se modernice y entre a la era de la realidad virtual dentro de un sector estratégico y no tener que comprar energía a otros países, realizando este comercio por medio de la red de Internet.

⁵⁵ Legislación

La Ley nos da el camino a seguir lo que se debe es romper los esquemas y poder realizar los procesos privatizadores dentro del campo tecnológico como lo es el Internet.

5.3 La Cotización en Internet de Acciones.

Las cotizaciones en Internet se las realiza a través de las bolsas internacionales, como lo son DOWN JONES O NASDAQ, nuestras bolsas de Valores no lo realizan ya que la Superintendencia de Compañías posee el registro de mercados, que desde mi punto de vista ha detenido un poco el crecimiento, pero si lo diseccionamos de una forma correcta podemos hacer un desarrollo positivo de el mercado de valores.

La cotización se las realiza en la rueda de la bolsa, que es electrónica más no abierta al público como lo es en los Estados Unidos de América o Europa, fundamentalmente por que el control se lo realiza directamente por la superintendencia. Lo más interesante será la liberalización por parte de la rueda electrónica se abra al la red de Internet a continuación podré publicar como es la casa de valores por Internet de un broker que realiza la Intermediación en los Estados Unidos de América.

CAPTURA DE PANTALLA DE UNA BROKER INTERNACIONAL DE COTIZACIÓN DE ACCIONES

Valores De Inversión Divisas, Acciones, CFDs Y Futuros Opere En Tiempo Real - Sin Costos www.saxobank.com	HispaFinanzas.com Librería de Finanzas y Bolsa Completo catálogo en Español-Inglés www.hispaFinanzas.com	Baja Gratis Manual Forex? La más completa Guía para el inversionista de Divisas www.MonedasOnline.com
---	--	---

Anuncios Google

Bolsa | Análisis | Finanzas Personales | Foros | PYMES | Herramientas | **INVERSIÓN**

Alertas | Divisas | Noticias | Warrants | Juego de Bolsa | Mi Finanzas.com | Club Finanzas



_Milton Boki

¿Dejarán de ser sexys las acciones de Internet?

Las compañías de Internet que sean capaces de convertir los sueños del futuro en rentabilidad actual tendrán un comportamiento bursátil más estable, algunas incluso pagarán dividendos, pero perderán parte de su atractivo.

Marcus Baer desde Nueva York - Finanzas.com

04/06/2002 (15:54h.)

¿Se convertirán las compañías supervivientes de la burbuja de Internet en aburridas empresas que generan métricas tan tediosas como beneficios y abundantes flujos de caja? Es lo mejor que les podemos desear.

Con las pocas compañías que sobrevivan a la actual fase de dura competencia **es probable que eso ocurra. Serán aburridas** porque su cotización bursátil dejará de dibujar gráficas parecidas a la montaña rusa de un parque de atracciones.

Diccionario de Economía y Finanzas

¿No entiendes algún término?

Busca aquí



UNA PEQUEÑA CLASE DE TEORÍA FINANCIERA...

La volatilidad de la acción de una empresa es una función de cómo afecta a esa compañía el cambio de distintas variables económicas. En líneas generales, **una compañía tiende a ser más volátil cuanto más lejano en el futuro se estime que entre en beneficios**. Aquellas compañías/acciones que tienen fuertes tasas de crecimiento de ingresos, como muchas compañías **tecnológicas y de Internet**, tienden a reinvertir sus ingresos postergando la entrada en beneficios.

Un cambio relativamente pequeño en la **tasa de interés**, que a su vez modifica la tasa de descuento de los beneficios futuros, puede originar **una variación importante** en el valor de la empresa.

De la misma manera, un bono que semestralmente da a sus tenedores un pago en concepto de su cupón es menos volátil que un bono que devuelve el principal y los intereses a su vencimiento (bono de cupón cero).

...puede servir para comprender la **volatilidad** de muchas acciones de Internet

En cierto modo, **muchas de las compañías de Internet que surgieron a finales de los noventa se parecen a los bonos de cupón cero**, debido a que postergan la devolución de la inversión (principal más intereses o beneficios) al largo plazo.

Pero, claro, no son bonos de cupón cero emitidos por el Tesoro de España o Estados Unidos, sino por compañías con modelos de negocio cuya rentabilidad aún no ha sido comprobada, lo cual **otorga muy poca credibilidad a los títulos (acciones) que emiten**.

Aquellas compañías que sobrevivan en los próximos años tendrán, casi por definición, una mayor solidez financiera y un flujo de caja más previsible y cercano. Por ende dejarán de ser acciones de comportamiento volátil y, por tanto, proclives a la entrada rápida de operadores especulativos. **Se tornarán en acciones más estables y aburridas**. Serán el objeto del análisis de inversores y, algunas, hasta pagarán aburridos dividendos.

INTERNET COMO UN CANAL DE DISTRIBUCIÓN MÁS...

Muchas de estas compañías que salgan victoriosas de la actual sacudida darwinista que azota a los mercados de capitales, simplemente habrán sido las más eficientes a la hora de utilizar a Internet como un canal de distribución más.

Es cierto que la Red es un canal de distribución sofisticado debido a su interactividad y a la posibilidad de fundir publicidad con comercio electrónico. No obstante, en muchos casos, **las diferencias entre el mundo virtual y el mundo real tampoco son tantas**.

El margen de beneficio neto de una cadena de grandes superficies suele estar entre el 3% y el 5%. En Internet, **ese margen no aumentará mucho**. En gran parte, **porque los beneficios logísticos y los ahorros de alquileres inmobiliarios del comercio electrónico son transferidos a los consumidores a través de precios más bajos**.

...NO JUSTIFICA MÚLTIPLOS QUE SIGUEN EN NIVELES ALTOS

¿Han bajado las acciones de Internet a niveles similares a las "aburridas" compañías del mundo real? En la mayoría de los casos **parece que no**. Se puede decir que para que **Amazon** se convierta en una acción "**aburrida**" aún **tiene que estrecharse el diferencial entre su valor y el de Wal-Mart**, la cadena Estadounidense de grandes superficies.

Así mientras Walmart cotiza en Wall Street a 1,1 veces sus ventas (con márgenes operativos del 4,6%), Amazon aún tiene una capitalización bursátil de 2,1 veces veces sus ventas (con un margen operativo negativo del 7,4%).

Algo parecido se puede decir de la cotización de Yahoo! (vale 13,1 veces sus ventas con margen operativo negativo de 13,4%) y del conglomerado de medios del mundo real Viacom, que cotiza a 3,8 veces ventas con un margen operativo positivo del 6,8%. Viacom, como Yahoo!, tiene en la publicidad su principal fuente de ingresos.

CONCLUSIONES

Para terminar con esta tesis, llegamos a las siguientes conclusiones:

- La Ley de Mercado de valores debe ser difundida por parte del Ejecutivo, para informar de un proceso privatizador, pero el gobierno de turno debe contar con la popularidad adecuada para entrar en este tema.
- El ejecutivo tiene la potestad de empezar un proceso, por que las generadoras eléctricas empiecen por cotizar en la bolsa como empresas rentables que son.
- La transparencia que este proceso brinda es una forma muy clara en obtener recursos frescos, para el activo corriente del presupuesto del Estado, sea invertido en educación y áreas sociales y de salud para la población,
- Los organismos de control serán los que regulen, este tipo de procesos, más deberán obtener los recursos del presupuesto del Estado y no de la empresas que controlarán por que se crea ahí un lazo que es perjudicial para la transparencia del proceso privatizador, como ejemplo las

- Superintendencias que reciben el dinero de sus propios sujetos controlados.
- Esto nos lleva a reformar las leyes de compañías.
 - El proceso brindará una certeza para poder invertir.
 - Las leyes que enunció y analizo dentro de este trabajo son las vigentes más no se puede hacer nada si nadie las pone a aplicar en su totalidad, la ley no se la puede aplicar parcialmente por que perjudique a un grupo mientras el resto de la sociedad ve como los recursos de el país no son bien aprovechados.
 - Así se dará servicios de la mejor calidad para los ciudadanos y atraer a la inversión extranjera que verá fuentes de energía, con mejor tecnología que se ha desarrollado.
 - Evitar los grandes proyectos eléctricos e incentivar los privados como política de Estado moverá a la inversión privada en proyectos pequeños y la competencia dentro del mercado será beneficiosa por que el único ganador será el país, como ejemplo de esto tenemos a la Fabril, compañía generadora de electricidad privada.
 - La vía más rápida por la que debe ser vendida este tipo de inversión será por la red.

- Las seguridades **para este tipo de inversión debe ser determinadas con las firmas electrónicas, para determinar la persona que está comprando .**

- Las entidades **de certificación deben ser una realizada para el medio y ser controladas eficientemente por el Estado.**

5.1 BIBLIOGRAFÍA

DERECHO ADMINISTRATIVO ROBERTO DROMI, ed.bibliográfica argentina,
1997 Buenos Aires, Argentina. Privatización del sector Público.

ANUARIO DEL CONELEC, 2002, 2003.

REVISTA CRITERIOS DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE QUITO,ED
MARZO 2002.

PERIÓDICO EL COMERCIO

INTERNET: HTTP: MINISTERIO DE ECONOMÍA DEL PERÚ, MINISTERIO
DEL INTERIOR DE LA ARGENTINA, MINISTERIO DEL INTERIOR DE CHILE,
MINISTERIO DE ECONOMÍA DEL CHILE, MINISTERIO DE DEFENSA DEL
CHILE.

PERIÓDICOS:

PUBLICACIONES DIARIO HOY, EL COMERCIO.

Leyes:

LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

LEY RÉGIMEN DEL SECTOR ELECTRICO

LEY DE MERCADO DE VALORES

LEY DE COMPAÑÍAS

REGLAMENTO A LA LEY DE RÉGIMEN DEL SECTOR ELÉCTRICO

REGLAMENTO A LA LEY DE MERCADO DE VALORES

RESOLUCIÓN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

RESOLUCION Nro. 193-2000-TP

“EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En los casos signados con los Nros. 029-2000-TC y 033-2000-TC,

ANTECEDENTES:

Los señores Carlos Antonio Vargas, Presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE; Napoleón Saltos Galarza, Vocero de la Coordinadora de Movimientos Sociales; Eduardo Remache, Presidente de ECUARRUNARI; Edgar Ponce, Representante de ENLACE; Miguel Lluco, Presidente del Movimiento Pachakutik-Nuevo País; Enrique Barros, Presidente de FETRAPEC; Diego Cano, Secretario General de CETAPE; Jorge Loor, Presidente de CONFEUNASSC; Luis Maldonado Lince, Presidente de FEDEXPOR y Coordinador del FORO ECUADOR ALTERNATIVO; Jaime Arciniegas y Mesías Tatamuez, Representantes del FUT, y más de mil ciudadanos comparecen demandando la inconstitucionalidad por el fondo y por la forma del Decreto Ley 2000-1 que contiene la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, publicada en Registro Oficial Nro. 144 de 18 de agosto del 2000.

Los accionantes señalan que el Decreto Ley 2000-1 fue promulgado por el Presidente de la República aplicando los artículos 155 y 156 de la Constitución con el argumento de que el Congreso no aprobó, modificó o negó el proyecto iniciado por el Ejecutivo dentro del plazo constitucional. En este sentido, se debe tomar en consideración la situación del Congreso a partir del 1 de agosto del 2000 y que, por una acción de amparo, el Tribunal Constitucional, en resolución de 22 de agosto, determinó que se reinstale la sesión de 1 de agosto, por lo que en ese lapso el órgano legislativo dejó de funcionar legalmente, encontrándose en una situación de fuerza mayor, lo cual motiva que de conformidad a la ley y la doctrina, los plazos se suspenden, incluso el señalado en el 155 de la Constitución, y en consecuencia no se podía aplicar el artículo 156 del texto constitucional y dictar el correspondiente decreto ley. De no considerarse este criterio, los accionantes señalan que el Congreso

negó el proyecto de Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, dentro del plazo constitucional, el 17 de agosto del 2000. Hacen presente que el Decreto Ley 690, que dispone la promulgación de la ley impugnada, fue dictado, precisamente el 17 de agosto del 2000, es decir, antes de que expire el plazo constitucional que tenía el Legislativo para aprobarla, modificarla o negarla.

Agregan que la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana contiene la reforma a más de treinta y un cuerpos legales, en contravención al artículo 148 de la Constitución que exige que los proyectos de ley se refieran a una sola materia y que, de lo contrario, la Constitución exige que no sea tramitado.

Añaden que los proyectos de ley en materia económica calificados de urgente por el Presidente de la República solo deben referirse, precisamente, a la materia económica y que a través de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana se eliminan controles en las direcciones nacionales de hidrocarburos y de minas, entre otros, se reforma la Ley de Modernización del Estado, en pro de actualizar dicho cuerpo normativo a las exigencias constitucionales, formula normas relativas a la estructura de los organismos estatales, mejorar el diseño de los contratos, transformar las empresas estatales en privadas, además de contener cambios en materia de regulación minera, flexibilización laboral, registro sanitario, impuestos y categorías migratorias, radiodifusión y televisión, Banco Nacional de Fomento, CEDEGE, aviación civil, centros agrícolas y cámaras de agricultura, las que no se pueden encontrar incluidas dentro de una ley en materia económica.

Respecto del fondo, los accionantes señalan las siguientes inconstitucionalidades contenidas en la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana:

En relación a Las Reformas a la **Ley de Modernización del Estado**, el artículo 1 de la Ley impugnada señala la prestación de servicios públicos y la exploración y explotación de recursos naturales no renovables del Estado por parte de empresas mixtas o



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3

privadas, excluyéndose a las empresas públicas, en contradicción con el artículo 244, número 7, de la Constitución que señala que la explotación de los bienes de dominio estatal se realizará de manera directa o con participación del sector privado y su exploración y explotación por empresas públicas, mixtas o privadas y, así mismo, la prestación de servicios públicos se realizará directamente por parte del Estado o por delegación al sector privado, de acuerdo con el artículo 249 de la Constitución. De la misma manera, respecto de la letra d, establece como objeto de la Ley de Modernización la enajenación de la participación de las instituciones del Estado en las empresas estatales, lo que implica el traspaso total del dominio del patrimonio estatal representadas en las empresas de su propiedad, sin establecer un límite que permita el control respecto de la prestación de servicios públicos y la exploración y explotación de recursos naturales en perjuicio de los artículos 246 y 247 de la Constitución. El artículo 3 de la Ley impugnada reforma al artículo 6 de la Ley de Modernización que establece la delegación al sector privado por excepción mediante concesión de actividades que se encuentran en manos del Estado, como la producción, transporte, almacenamiento y comercialización de hidrocarburos y demás minerales, si se demuestra que no se encuentra en capacidad de desarrollarlas, mas en la Ley impugnada señala que la delegación se puede desarrollar de cualquier medio previsto en la Constitución y dicha delegación se debe dar cuando existe un delegante, que es quien ejerce la titularidad, esto es, el Estado lo que no se puede dar si se traspasa la totalidad de las empresas que prestan servicios públicos y realizan actividades de explotación y exploración de recursos naturales, de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado. El artículo 17 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana reforma el artículo 41 de la Ley de Modernización planteando la delegación de los servicios señalados en el artículo 249 de la Constitución de cualquier forma contractual o "administrativa", dando paso a las facultades discrecionales o autoritarias, sin necesidad de procesos licitatorios. Del mismo modo, el artículo 19 de la Ley impugnada, dentro de estos procesos, se establecen negocios fiduciarios, lo que implica transferencia y limitación del dominio y, en el artículo 20, la eliminación de la supervigilancia de las obligaciones de los contratistas y las cláusulas necesarias que deben contener las concesiones, en contradicción con

B 7

los artículos 245, 247, 249 de la Constitución, disposición que, además, señala que todo contrato debe incluir necesariamente una cláusula de arbitraje para la solución de conflictos, con lo que se desplaza a los órganos jurisdiccionales y se aplica dicho mecanismo a materias ajenas al mismo como respecto a derechos que no son transigibles y que afectan al interés público. El artículo 22 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana somete al régimen legal de las personas jurídicas de derecho privado a las fundaciones, corporaciones, compañías y sociedades constituidas con el aporte total o parcial del Estado, vulnerando el artículo 245 de la Constitución que señala la coexistencia y concurrencia de los sectores público y privado dentro de la economía. El artículo 25 de la Ley señala que el precio, forma de pago y condiciones para la transferencia de propiedad de los bienes del Estado, se establecerán en coordinación entre el CONAM y la respectiva institución, sin establecerse ningún parámetro. Por último, se otorga al Presidente de la República la facultad de reorganizar directorios de empresas y entidades públicas, fuera del ámbito del artículo 171 de la Constitución.

Respecto de las Reformas a la **Ley de Creación del Fondo de Solidaridad**, el artículo 250 de la Constitución señala que su función es el combate a la pobreza, para lo cual puede emplear solo sus utilidades, pero el artículo 30 de la Ley impugnada le faculta para vender las acciones de su propiedad y constituir fideicomisos. En relación a la **Ley de Hidrocarburos**, se señala que la Ley impugnada le resta a la Dirección Nacional de Hidrocarburos sus facultades de control, en contradicción al artículo 244, números 4 y 7 de la Constitución y, así mismo, se establece que los contratos en la materia se pueden someter a arbitraje. El artículo 36 de la Ley establece la entrega de campos operados por la empresa estatal a compañías privadas a cambio de un bono de entrada, sin importar la solvencia económica y la competencia técnica, adjudicando el contrato a quien ofrezca la mayor participación al Estado, que se incrementa en función del aumento de la producción lo que contraviene los artículos 244, número 7, y 247 de la Constitución que ordena al Estado explotar racionalmente los bienes de su dominio exclusivo, en función del interés nacional, además de vulnerar los principios de imposición tributaria establecidos en el





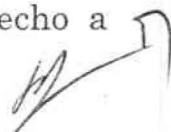
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5

artículo 256 de la Constitución al exonerarles de impuestos que benefician a la amazonía. Las Reformas a la **Ley Especial de Petroecuador** eliminan a ésta como depositaria de los derechos privativos que la ley confiere al Estado, tomando en cuenta que refiere a recursos no renovables de dominio público estatal, actividades que son responsabilidad del Estado, de conformidad con los artículos 247 y 249 de la Constitución. De la misma forma, sus empresas filiales permanentes pasan a ser sociedades anónimas sujetas a la Ley de Compañías, por lo que no responderían a los intereses nacionales, y dichas sociedades pagarán al Estado el valor de las instalaciones que se aportan, además de establecerse fideicomisos, todo lo señalado en violación de los artículos 245, 247 y 249 de la Constitución, especialmente si se toma en cuenta que las filiales prestan un servicio público responsabilidad del Estado. Las Reformas a la **Ley de Minería** establecen una división material de la concesión con una unidad de medida de una hectárea minera, lo que no ocurre en los casos de Bolivia y Argentina, además de eliminarse las regalías y disminuir el valor de las patentes y no limitarse el número de concesiones que puede tener un concesionario, lo que provocaría eventuales monopolios, además de permitir actividades mineras al interior del patrimonio forestal del Estado y de las áreas protegidas, y derogarse la causal de extinción de los derechos mineros cuando el concesionario provoque daños al sistema ecológico. Las Reformas a la **Ley de Régimen del Sector Eléctrico** eliminan la responsabilidad del CONELEC del cumplimiento obligatorio por parte del sector público del plan de electrificación, además de dejarlo con un carácter meramente referencial. Se reemplaza al Secretario General de Planificación del CONADE por el delegado permanente del Director del ODEPLAN como vocal del CONELEC, pero no se toma en cuenta a los usuarios para integrarlo, en contradicción de los artículos 92 y 23, número 7, de la Constitución. Las Reformas a la **Ley de Aviación Civil** plantean la posibilidad de delegar a la empresa privada, incluso extranjera, la operación de aeródromos y aeropuertos, lo que es parte del control que el Estado ejerce sobre su espacio aéreo, elimina al Ministro de Defensa de los organismos como el Consejo Nacional de Aviación Civil y mantiene la representación del sector empresarial y en relación a la Dirección de Aviación Civil se disminuyen los controles del Estado, pues ya no autorizará las

197

actividades de aeronáutica civil ni controlará las tarifas aéreas, vulnerando el artículo 183 de la Constitución que dispone la misión fundamental de las Fuerzas Armadas de conservar la soberanía nacional y la defensa de la integridad del Estado. Se transforma TAME en sociedad anónima, afectando el artículo 245 y 244, número 1, de la Constitución que señala la concurrencia de los sectores público y privado de la economía garantizando a dichos sectores el mismo tratamiento, lo que no ocurre, pues se eliminan todas las empresas públicas. Las Reformas a la **Ley de Centros Agrícolas y Cámaras de Agricultura**, en materia de elección de dirigentes de las Cámaras de Agricultura la limita a una elección representativa y no participativa, vulnerando los derechos individuales señalados en el artículo 23, números 3 y 19, de la Constitución y el derecho a elegir y ser elegidos reconocido en el artículo 26 del texto constitucional. Las Reformas a la **Ley de Creación de Fondos de Desarrollo Gremial Agropecuario** vulneran la libertad de empresa y de asociación, creando una contribución que alimenta al Ministerio de Agricultura, con la finalidad de obligar al productor a afiliarse a una asociación determinada. Las Reformas a la **Ley de Radiodifusión y Televisión** eliminan la restricción a gobiernos o personas extranjeras respecto de concesiones de canales o frecuencias de radio y teledifusión o transferir derechos, cuando estos canales o frecuencias son parte del patrimonio nacional y el espectro radioeléctrico un recurso natural, atentando contra la soberanía nacional y la seguridad nacional, en contradicción al artículo 15 de la Constitución. Las Reformas al **Código del Trabajo** desconocen el artículo 35 de la Constitución, especialmente sus números 1, 3 y 4, al establecer la polifuncionalidad laboral a través de la que un trabajador puede realizar dos o más actividades distintas para un mismo empleador; dentro del concepto de remuneración total para el pago del bono navideño exceptúa algunos componentes, en contradicción con el número 14 del artículo 35 de la Constitución; respecto de las utilidades, el número 8 del artículo 35 de la Constitución señala que los trabajadores participan de las utilidades líquidas y la Ley las limita a cuatro mil dólares y el excedente hacia los ministerios de salud y educación; en relación a la terminación de la relación laboral se conculcan los derechos de los trabajadores y las garantías a los dirigentes sindicales al impedir el derecho a





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7


recibir indemnizaciones en ciertos casos y en otros limitando dichas remuneraciones; en materia de jubilación patronal se desconoce la unificación salarial y se la fija en salarios mínimos vitales; se abre el camino al pacto libre colectivo de trabajo, pues el contrato colectivo se puede celebrar al margen de la organización sindical, además de limitar la prohibición de despido o desahucio luego de presentado el proyecto de contrato colectivo solo respecto de la presentación del primer proyecto, vulnerando los números 9 y 12 del artículo 35 de la Constitución; la Ley impugnada coarta el derecho a la huelga, al determinar que el Inspector del Trabajo realice un inventario de bienes al inicio y finalización de la misma y que en el sector agrícola, comercial e industrial el empleador obligue a los trabajadores a la cosecha, recolección y retiro de frutos o productos perecibles para su comercialización o, en su defecto, lo realice con trabajadores sustitutos. **Otras Reformas** convierten en entidad privada al INIAP, vulnerando los artículos 80, 245 y 247 de la Constitución. Las Reformas a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado persiguen el respaldo de bancos e instituciones financieras, financiamiento que puede ser perdido en perjuicio de intereses nacionales y que no corresponde al Banco del Estado estar al servicio del sector privado, además de limitar del Banco Central; respecto de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, señala un patrimonio técnico que no garantiza a los depositantes y las derogatorias a los artículos 118 y 119 de la Ley de Mercado de Valores afecta al interés público; del mismo modo. Las Reformas a la Ley Orgánica de Aduanas entrega el control de las mismas a empresas privadas; y, por último, la reforma a la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero autoriza al Presidente de la República para que mediante decreto ejecutivo transfiera la propiedad de las playas, que son bienes nacionales de uso público.

La Primera Sala del Tribunal Constitucional al avocar conocimiento de la causa, en calidad de Comisión, dispone se corra traslado con la demanda al señor Presidente Constitucional de la República y Presidente del Congreso Nacional.

El Presidente del Congreso Nacional al dar contestación expone que se ha demandado la inconstitucionalidad de un decreto ley, acto que proviene del Ejecutivo y no del Legislativo, por lo que es

responsabilidad de aquella y que se presentó el proyecto de Ley Modificatoria de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, la que se encuentra en discusión en el Congreso, por lo que señala que es prematuro que este Tribunal se pronuncie sobre la demanda, pues en el resultado final del proyecto se habrán enmendado los errores que los demandantes impugnan.

Por su parte, el Presidente Constitucional de la República al dar contestación, manifiesta que al ser planteada la demanda por más de mil ciudadanos pide a este Tribunal que solicite al Tribunal Supremo Electoral que certifique si los mil ciudadanos están en goce de los derechos políticos. En lo principal señala que, de conformidad con el artículo 155 de la Constitución, el proyecto fue iniciado por el Presidente de la República, en materia económica y calificado de urgente, cuyo tratamiento es el mismo de la ley ordinaria, excepto en relación al plazo fatal de treinta días contados a partir de su recepción dentro de los que el Congreso Nacional debe aprobarlos, modificarlos o negarlos, con la limitación de que el Presidente de la República no puede enviar más de uno al mismo tiempo, salvo estado de emergencia, por lo que no procede impugnar el proyecto bajo el supuesto de que no implica urgencia económica. Agrega que la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana contiene una sola materia, que es la económica, y que no es solo esta ley la que reforma varios cuerpos legales en materia económica, citando a la Ley de Mercado de Valores, la Ley de Reordenamiento de las Finanzas Públicas y la Ley para la Transformación Económica del Estado como ejemplo. Agrega que lo económico está influido por las relaciones de trabajo, por tributos, instituciones financieras, organización de ciertas instituciones públicas, etcétera. Señala que el artículo 156 de la Constitución prevé que si el Congreso no aprueba, modifica o niega el proyecto en treinta días se la promulga, sin que se prevea la suspensión de un plazo o término fatal por situaciones de fuerza mayor o caso fortuito no contemplados en la Constitución o la ley. Así mismo, hace presente que la afirmación de los demandante de que el Congreso negó el proyecto de ley, cumpliendo el mandato del artículo 155 de la Constitución, carece de sustento pues el Congreso se allanó a la resolución de este Tribunal, eligiendo a sus nuevas autoridades, sin convalidar ninguna de las acciones de aquella mayoría.

7



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Respecto de la impugnación de fondo, el Título XII de la Constitución se refiere al sistema económico y establece los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad dentro de la organización y funcionamiento de la economía, con la finalidad de asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales oportunidades de acceso al trabajo, bienes, servicios y la propiedad de los medios de producción. Añade que la Constitución, en su artículo 244, número 1, señala que las actividades empresariales públicas y privadas deben recibir el mismo tratamiento legal, lo que implica la participación del sector privado para beneficio de la sociedad. A la Constitución se someten, por ejemplo, las Reformas a la Ley de Modernización del Estado en materia de contratos y el régimen legal aplicable a las corporaciones, fundaciones, sociedades y compañías constituidas con el aporte total o parcial de capital o bienes de propiedad de instituciones del Estado, sometiéndolas al mismo régimen de las personas jurídicas de derecho privado, incluyendo el aspecto laboral y tributario. En materia de explotación de recursos naturales, el artículo 24, número 7, de la Constitución señala que lo realizará el Estado de manera directa o con participación del sector privado, en concordancia con el artículo 247 que señala que dicha explotación o exploración podrá llevarse a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas. El artículo 249 del texto constitucional señala que la prestación de servicios públicos puede realizarse directamente por parte del Estado o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o de cualquier otra forma contractual. En definitiva, el Presidente de la República sostiene que la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana no hace otra cosa que ejecutar el mandato constitucional.


En el caso Nro. 033-2000-TC, el ingeniero Teodoro Gallegos Salem, Presidente de la Cámara de Agricultura de la Primera Zona y señor Carlos Zevallos Ampuero, Presidente de la Cámara de Agricultura de la II Zona, presentan demanda de inconstitucionalidad del Decreto Ley No.2000-1, que contiene la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, por cuanto consideran que viola el artículo 148 de la Constitución Política de la República, que determina en forma mandatoria que los proyectos de ley deberán

07

referirse a una sola materia, así como el artículo 143 de la misma que requiere para la reforma de leyes orgánicas mayoría absoluta en el Congreso Nacional, como es el caso de la Ley Orgánica de los Centros Agrícolas y Cámaras de Agricultura. Indica además que el Ejecutivo ha actuado arbitrariamente al interpretar que había transcurrido el plazo previsto en el artículo 155 del texto constitucional, con lo cual también se ha violado el numeral 1 del artículo 171 de la Carta Fundamental.

Agrega que, la Ley impugnada en sus artículos 81 a 96 *“establecen una inaceptable intervención en las instituciones del sector privado...”*, permitiendo esa intervención con dedicatoria a una sola Cámara, la de Agricultura, cuando en la disposición transitoria primera dispone que en el plazo de sesenta días todas las Cámaras de Agricultura realicen elecciones y prohíbe que los anteriores dignatarios puedan ser reelegidos, constituyendo ello una violación flagrante al derecho constitucional de elegir y ser elegidos, la igualdad ante la ley, la libertad de empresa, de contratación y la libertad de asociación, por todo lo cual solicitan del Tribunal la *“declaratoria de inconstitucionalidad en forma total en su fondo y en su forma del Decreto Ley No.2000-1...y en forma especial ...los Títulos 8 y 9 del mencionado Decreto..”*.

Al respecto, el señor Presidente de la República por intermedio de su Procuradora Judicial, en lo fundamental expresa que la Ley impugnada fue presentada al amparo de lo previsto por los artículos 155 y siguientes de la Constitución Política de la República, el día **13 de Julio del 2000**, por lo cual el plazo de treinta días para que el Congreso aprobara, negara o modificara el proyecto de ley comenzó a decurrir desde esa fecha, sin que en ese período el Congreso emitiera pronunciamiento alguno; considera que los incidentes que son de dominio público relacionados con la designación de la primera autoridad del Parlamento, no constituyen un caso fortuito o de fuerza mayor que hubiese hecho pensar en la suspensión de los plazos y los términos, sin que además esa posibilidad esté prevista en la Constitución. Más bien el efecto previsto por el texto constitucional, ante la inacción del Congreso Nacional es precisamente lo consignado en el artículo 156.

07



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Agrega que, tampoco se trata de varias materias las contenidas en la Ley Trole, sino que a pesar de que reforma varios cuerpos legales, constituye un todo orgánico y finalmente expresa que la Ley de Centros Agrícolas **no es una ley orgánica** ya que no ha sido calificada como tal por el Congreso Nacional, mientras estuvo vigente, así como que la Ley Trole es especial para el sector agrícola, del mismo modo que lo era la Ley de Centros Agrícolas, lo cual no implica discriminación. Solicita que se deseche la demanda presentada pero se acumule por economía procesal al caso No. 029-2000-TC.

CONSIDERANDO:

Que, el Pleno del Tribunal es competente para conocer y resolver los casos de conformidad con lo que dispone el número 1 del artículo 276 de la Constitución;

Que, no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución de las causas;

Que, respecto del planteamiento realizado por el Presidente de la República para que se solicite al Tribunal Supremo Electoral certifique si los mil demandantes se encuentran en goce de los derechos políticos, este Tribunal hace presente que la demanda de inconstitucionalidad objeto de la presente resolución fue calificada por la Comisión de Admisión y Calificación del Tribunal Constitucional mediante providencia de 08 de septiembre del 2000, las 12h00, por lo que dicha petición no procede;

Que, el artículo 276, número 1, de la Carta Fundamental concede al Tribunal Constitucional la facultad para analizar y declarar la inconstitucionalidad de fondo o de forma de "leyes orgánicas y ordinarias, decretos - leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos";

Que, los accionantes de conformidad con el artículo 277 de la Constitución han demandado la inconstitucionalidad de fondo y de 07

forma de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana. La inconstitucionalidad de fondo se refiere a determinados artículos de la mencionada Ley, por lo que el Tribunal decide iniciar su análisis en cuanto a las inconstitucionalidades de fondo y más adelante expresará su criterio respecto de la inconstitucionalidad de forma.

De las Reformas a la Ley de Modernización del Estado:

Artículo 1.

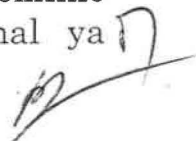
El artículo 1 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, que sustituye las letras c) y d) del artículo 1 de la Ley de Modernización del Estado, reforman disposiciones constitucionales, al establecer:

“c) La prestación de servicios públicos, las actividades económicas y la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad del Estado, por parte de empresas mixtas o privadas mediante cualesquiera de las formas establecidas en la Constitución; y,

d) La enajenación de la participación de las instituciones del Estado en las empresas estatales de conformidad con la ley”.

Que, el inciso segundo del artículo 247 de la Constitución Política dispone que la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables *“podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley”*, en concordancia con el artículo 244, número 7, del texto constitucional que señala que dentro del sistema de economía social de mercado, al Estado le corresponde *“Explotar racionalmente los bienes de su dominio exclusivo, de manera directa o con la participación del sector privado”*;

Que, los recursos naturales no renovables, como aquellos que se encuentran en yacimientos mineros e hidrocarburíferos ubicados dentro del territorio nacional, son bienes afectados al dominio público estatal por así disponerlo la norma constitucional ya





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

13

invocada a la cual responden tanto las Leyes de Hidrocarburos y de Minería y el mismo Código Civil al ubicarlos dentro de los bienes nacionales de uso público;

Que, los bienes de dominio público, también denominados bienes demaniales, son bienes que le pertenecen a la nación toda, no son bienes de propiedad del Estado, como persona jurídica, por tanto no puede el Estado ejercer sobre ellos la facultad de disposición, propia de los bienes patrimoniales; además, los bienes demaniales cuentan con la característica de imprescriptibilidad e inembargabilidad con la que no cuentan los bienes patrimoniales o de propiedad del Estado, denominados también bienes fiscales;

Que, en virtud de la característica de inalienabilidad, los recursos naturales no renovables son administrados, y por tanto explotados, por el Estado, quedando fuera del comercio jurídico privado, en virtud de la figura de la afectación, establecida en este caso en el texto constitucional;

Que, lo dicho no implica que los particulares no puedan intervenir en las fases de exploración y explotación de recursos naturales, pues ésta puede ser realizada por el Estado o bien de manera directa o bien de forma indirecta;

Que, tal como la afectación, establecida por la norma constitucional al incorporar determinados bienes dentro del dominio público estatal, no excluye la participación de la iniciativa privada, la misma que deberá producirse por disposición legal, con sujeción a lo previsto por el inciso segundo del artículo 247 de la Constitución Política de la República;

Que, el artículo 249, inciso segundo, de la Constitución señala que la prestación de servicios públicos podrá ser realizada por el Estado *“directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley.”*;

Que, si bien la doctrina del Derecho Administrativo no es unánime

17

ni pacífica al momento de determinar un concepto de servicio público, de modo general se coincide en el criterio de que son aquellos servicios que deben ser prestados por parte del Estado;


Que, los servicios públicos deben ser prestados, por mandato constitucional, por el Estado, bien de manera directa o indirectamente a través de las figuras jurídicas establecidas por el inciso segundo del artículo 249 de la Constitución Política de la República.

Que, las normas infraconstitucionales se deben someter a la disposición del texto fundamental en el sentido que la prestación de servicios públicos corresponde al Estado, **el mismo que los puede prestar de manera directa o indirecta, no siendo posible excluirle de la prestación directa de los mismos y dejar tan solo la posibilidad de que sean prestados indirectamente, como lo hace la Ley impugnada;**

Que, la disposición legal **excluye la participación directa del sector público de las fases de exploración y explotación de recursos naturales no renovables**, actividades que se encuentran previstas en el texto constitucional, pues tal como se halla redactada la letra c) del artículo 1 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, el sector público solo podría participar asociado al sector privado;

Que, la **letra d) del artículo 1** de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, establece la **enajenación** de la participación de las instituciones del Estado en las empresas estatales de conformidad con la ley, figura jurídica no contemplada en el texto constitucional, pues implica la pérdida del dominio estatal de modo absoluto y permanente;

Que, mediante las empresas estatales el Estado realiza, de manera directa actividades como la exploración y explotación de recursos naturales de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 244, y artículo 247 de la Constitución Política y la prestación de servicios públicos, con acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 249 de la Constitución; 7





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

15

Que, la figura jurídica contemplada en el artículo 1, letra d), de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana contradice al texto constitucional, pues implica la pérdida del dominio estatal de modo absoluto y permanente sobre las empresas estatales, imposibilitando al Estado la realización de las actividades señaladas en el considerando precedente de manera directa;

Que, por otra parte, el artículo 245 de la Constitución establece que *“La economía ecuatoriana se organizará y desenvolverá con la coexistencia y concurrencia de los sectores público y privado. Las empresas económicas, en cuanto a sus formas de propiedad y gestión, podrán ser privadas, públicas, mixtas y comunitarias o de autogestión. El Estado las reconocerá, garantizará y regulará”*;

Que, por consiguiente, en la economía ecuatoriana concurren tanto el sector público como el privado, reconociendo y garantizando la propiedad y gestión pública empresarial; y,

Que, en virtud de la disposición constante en el artículo 1, letra d), de la Ley impugnada, **se tiende a la eliminación del sector público dentro de las actividades empresariales y de la economía ecuatoriana, al establecer la enajenación de las participaciones de instituciones del Estado en las empresas estatales, lo que implica su traspaso definitivo, absoluto y permanente al sector privado de la economía.**

Artículo 3.

Que, en cuanto al **artículo 3** de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, el artículo 249 de la Constitución prevé la posibilidad de delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de servicios públicos, norma que además prohíbe que las condiciones contractuales se modifiquen unilateralmente por leyes u otras disposiciones, **por lo que este Tribunal no identifica inconstitucionalidad en la norma impugnada**, haciendo presente que la delegación que se realice a empresas mixtas o privadas en la materia es **sin perjuicio de que el Estado pueda asumir estas actividades** en conformidad con lo previsto en los artículos citados precedentemente.

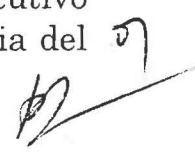
7

Artículo 17.

Que, respecto del **artículo 17, inciso primero**, de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, la Constitución en su artículo 249 inciso primero dispone que: *“Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y **otros de naturaleza similar**. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones”*;

Por consiguiente, el inciso primero del artículo 17 de la Ley impugnada no contradice al texto constitucional en cuanto no impide ni exonera al Estado la responsabilidad de proveer los servicios públicos señalados en el artículo 249 de la Constitución y, asimismo, dicha disposición constitucional prevé la delegación a las empresas mixtas o privadas para la prestación de servicios públicos *“mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley”*, a lo que, irregularmente, la disposición legal impugnada agrega una indeterminada forma **“administrativa”** de delegación, **figura que asimismo no se encuentra prevista por la Constitución Política de la República**, constituyéndose de este modo en una norma que reforma el texto constitucional;

Que, la delegación al sector privado mediante formas **“administrativas”** para la prestación de los servicios públicos señalados tanto en el artículo 249 de la Constitución como en el artículo 17 inciso primero de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, es una figura indeterminada que no se encuentra prevista por la Constitución Política de la República, **constituyéndose de este modo en una norma que reforma y afecta al texto constitucional**, pues la delegación, en este caso, se podría realizar mediante decreto ejecutivo o mediante cualquier manifestación de la potestad reglamentaria del



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

17

Presidente de la República;

El **inciso segundo del artículo 17** de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana prescribe que: *“La exploración y explotación de los recursos naturales no renovables cuya propiedad inalienable e imprescriptible pertenece al Estado, podrá hacerse a través de empresas públicas, mixtas o privadas”*;

Que, el artículo 247, inciso segundo, de la Constitución señala que los recursos naturales no renovables *“serán explotados en función de los intereses nacionales. Su exploración y explotación racional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley”*;

Que, por una parte, el inciso segundo del artículo 17 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana **no desconoce el hecho de que los recursos naturales son bienes afectados al dominio público**, por disposición del artículo 247, inciso primero, de la Constitución, esto es que por su naturaleza **son bienes nacionales de uso público**, de conformidad con la denominación que realiza el Código Civil;

Que, por otra parte y como se ha señalado en la presente resolución, la afectación al dominio público de bienes como los yacimientos mineros e hidrocarburíferos, que son recursos naturales no renovables, excluye a estos bienes del comercio jurídico privado, pero lo dicho no implica que los privados no puedan participar en las fases de exploración y explotación; y,

Que, entonces, el artículo 17, inciso segundo de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana **se somete, en este aspecto, al mandato constitucional** dispuesto en el artículo 247 de la Constitución, no identificándose inconstitucionalidad alguna por parte de este Tribunal.

Artículo 19.

El **artículo 19** de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, al reformar el artículo 43 de la Ley de

Modernización del Estado, agrega la modalidad del negocio fiduciario en materia de desmonopolización, privatización y delegación;

Que, la figura del *negocio fiduciario* se halla regulada en el país en el Código Civil y la Ley de Mercado de Valores, la que de manera general implica una modalidad de transferencia del dominio

Que, los bienes afectados al dominio público gozan de las características de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, es decir, son bienes ajenos al comercio jurídico privado, no son bienes patrimoniales sobre los que se puede ejercer el derecho de dominio, esto es, no están sujetos al derecho de disposición;

Que, el artículo 247 inciso primero de la Constitución afecta al dominio público del Estado a los recursos naturales no renovables, previéndose la participación privada sin que implique el traspaso de dichos bienes al comercio jurídico privado, como ocurre con la figura del negocio fiduciario que implica, como se ha señalado, de manera general, transferencia de dominio;

Que, el artículo 249 de la Constitución señala que la provisión de servicios públicos es responsabilidad del Estado, que los puede prestar de manera directa o indirecta "*por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley*", dentro de las cuales no se prevé el negocio fiduciario; y,

Que, el **negocio fiduciario** como modalidad en materia de desmonopolización, privatización y delegación es una forma que **no se encuentra prevista en los artículos 247 y 249 de la Constitución**, y que, además, eventualmente, implicaría que se transfiera la propiedad de bienes que se encuentran fuera del comercio jurídico privado, como son los recursos naturales no renovables.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

19

Artículo 20.

Que, en referencia al artículo 20 inciso primero de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, el inciso primero del artículo 249 de la Constitución establece que es responsabilidad del Estado la provisión de los servicios públicos y cuya prestación puede ser directa o indirecta con la participación del sector mixto o del privado;

Que, el inciso segundo del artículo 249 de la Constitución establece que *“El Estado garantizará que los servicios públicos, prestados bajo su control y regulación respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad; y velará para que sus precios o tarifas sean equitativos”*;

Que, para la efectiva vigencia de las disposiciones constitucionales citadas precedentemente, el artículo 46 de la Ley de Modernización del Estado precisa la estipulación de cláusulas necesarias que deben contener los instrumentos de delegación o concesión, **las mismas que no han sido eliminadas sino reformadas por la disposición impugnada**;

Que, la disposición citada no prohíbe estipular cláusulas necesarias que deben contener las concesiones, lo cual a su vez no impide que el Estado pueda ejercer el control y supervigilancia necesaria de esos actos, al momento en que organismos de control como la Procuraduría General del Estado y la Contraloría General del Estado emiten los dictámenes correspondientes. La norma tan solo señala los **principios generales** que deben contener dichas cláusulas, las mismas que se dirigen a asegurar que la prestación de servicios públicos delegados a los particulares atiendan a los intereses de los usuarios, preserven el medio ambiente y el Estado no garantice la rentabilidad del negocio o establezca tratamientos tributarios especiales o diferentes. En todo caso, al concesionarse la prestación de un servicio público por parte del Estado se deberá siempre respetar los preceptos de los artículos 247 y 249 del texto constitucional;

Que, en cuanto al artículo 20 inciso segundo de la Ley para la

Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, si bien el inciso tercero del artículo 191 de la Constitución Política de la República, reconoce al arbitraje como un medio para la solución de conflictos, lo hace como un procedimiento alternativo y **no obligatorio** como consta del texto impugnado y **por ello deviene en inconstitucional**.

Artículo 22.

Que, respecto del **artículo 22** de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, el artículo 245 de la Constitución señala que *“La economía ecuatoriana se organizará y desenvolverá con la coexistencia y concurrencia de los sectores público y privado. Las empresas económicas, en cuanto a sus formas de propiedad y gestión, podrán ser privadas, públicas, mixtas y comunitarias o de autogestión. El Estado las reconocerá, garantizará y regulará”*; y,

Que, por una parte, la disposición del artículo 22 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana **no viola el artículo 245 de la Constitución Política de la República**, desde que no desconoce que la economía ecuatoriana se organiza y desenvuelve con la concurrencia y coexistencia de los sectores público y privado; por otra, la segunda parte del número 1 del artículo 244 de la Constitución dispone que *“Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal”*, **no identificándose inconstitucionalidad ninguna**.

Artículo 25.

Que, el **artículo 25** de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, debe ser entendido en cuanto no se refiere a transferencia de propiedad de bienes de dominio público, denominados bienes nacionales de uso público por el Código Civil, los mismos que son **inalienables, imprescriptibles e inembargables** de conformidad con las normas constitucionales y legales y la doctrina contemporánea del “dominio público”; y,

Que, las características de los recursos no renovables del Estado, 



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

21

especialmente la inalienabilidad atribuida por el artículo 247 del texto constitucional, implica que esos bienes están fuera del comercio que por prohibirlo expresamente la norma constitucional son absolutamente inalienables; por lo que al referirse la norma impugnada a “*la transferencia de propiedad de los bienes de las instituciones del Estado*”, debe entenderse **exclusivamente** como la transferencia de los **bienes fiscales**, esto es, los bienes patrimoniales de las instituciones del Estado sobre los que se ejerce derecho de propiedad, es decir, el derecho real en una cosa corporal para gozar y **disponer** de ella de conformidad a lo previsto en los artículos 618 y 623 inciso tercero del Código Civil.

En definitiva, el precepto normativo impugnado **tan solo establece una condición** para la determinación del precio, forma de pago y demás condiciones para transferir la propiedad de los **bienes fiscales**. Además, examinada esta disposición en su contexto no presenta inconstitucionalidad.

Artículo 28.

El **artículo 28** de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana contiene la **derogatoria** del “artículo innumerado agregado a continuación del artículo 43 mediante ley publicada en el Registro oficial Nro. 693 de 11 de mayo de 1995”;

Que, el artículo 276 número 1 de la Constitución señala que es competencia del Tribunal Constitucional conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre decretos-leyes, como es el caso de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, “*y suspender total o parcialmente sus efectos*”;

Que, de conformidad con el artículo 276 numeral 1 de la Constitución Política de la República el Tribunal Constitucional tiene competencia para declarar inconstitucional y suspender los efectos de normas vigentes en el ordenamiento jurídico; mas, en el presente caso, es improcedente el pedido para que se suspenda una norma inexistente, como es la derogada por el artículo 28. En otros términos, la derogatoria de una disposición per se no es

inconstitucional. Al respecto, además, se debe considerar que la declaratoria de inconstitucionalidad y suspensión de los efectos de una norma, esta no se restablece si ya fue derogada.

Artículo 29.

El artículo 29 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, agrega disposiciones transitorias a la Ley de Modernización. Las atribuciones del Presidente de la República se encuentran señaladas en el artículo 171 de la Constitución que en su número 22 dispone que le corresponde *“Ejercer las demás atribuciones que le confieran la Constitución y las leyes”*;

Que, las facultades legales del Presidente de la República deben entenderse exclusivamente dentro del ámbito de sus competencias, esto es sin contradecir lo que por disposición de la ley corresponden a otras instituciones del Estado o, en general, con el texto Constitucional;

Que, para el análisis del artículo impugnado se debe tener presente que el inciso segundo del artículo 252 de la Constitución dispone que: *“El Estado ejercerá la regulación del transporte terrestre, aéreo y acuático y de las actividades aeroportuarias y portuarias, mediante entidades autónomas, con la participación de las correspondientes entidades de la fuerza pública”*; y,

Que, el Presidente de la República, en virtud de las disposiciones transitorias introducida por el artículo 29 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, **puede reorganizar los directorios de las entidades y empresas respectivas**, precisamente para convertirlas en entidades autónomas en cumplimiento de la norma constitucional citada precedentemente y sustancialmente bajo los presupuestos de los números 1 y 22 del artículo 171 de la Constitución, por lo que no hay inconstitucionalidad.

De las Reformas a la Ley de Creación del Fondo de Solidaridad.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

23

Artículo 30.

El **artículo 30** de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, al agregar en la Ley de Creación del Fondo de Solidaridad el artículo 4A, incluye una disposición que **contraría el artículo 250** de la Constitución que establece, en su inciso primero, que el capital del Fondo de Solidaridad *“se empleará en inversiones seguras y rentables y no podrá gastarse ni servir para la adquisición de títulos emitidos por el gobierno central u organismos públicos. Sólo sus utilidades se emplearán para financiar, EN FORMA EXCLUSIVA, programas de educación, saneamiento ambiental, y para atender los efectos sociales causados por desastres naturales”*, mientras que la disposición de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana en estudio señala que para la generación de recursos *“el Fondo de Solidaridad podrá vender acciones de su propiedad”*, lo que implica enajenación del capital de dicho Fondo y, del mismo modo, se plantea la posibilidad de que el Fondo de Solidaridad pueda *“constituir fideicomisos mercantiles con acciones de su propiedad”*, estas acciones no constituyen utilidades sino que son el capital mismo del Fondo de Solidaridad, lo cual constitucionalmente está prohibido gastarse, por tanto contradice el artículo 250 de la Ley Fundamental.

De las Reformas a la Ley de Hidrocarburos.

Artículo 34.

Que, respecto del **artículo 34** la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, el artículo 191 inciso tercero de la Constitución reconoce al arbitraje como procedimiento alternativo para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley;

Que, este Tribunal estimó, en una cuestión similar de esta resolución, que el inciso segundo del artículo 20 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana es inconstitucional pues se establece la **obligatoriedad** de incluir una cláusula de arbitraje para la solución de controversias; y,

Que, el artículo 34 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana - a diferencia del artículo 20 - **no establece** la obligatoriedad de acudir al arbitraje para solucionar los conflictos que se deriven de los contratos regidos por la Ley de Hidrocarburos, por lo que la norma se encuentra en conformidad con el inciso tercero del artículo 191 de la Constitución que reconoce el procedimiento arbitral como mecanismo *alternativo* para la solución de conflictos.

Artículo 35.

Que, en relación al **artículo 35** de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, el artículo 244, número 7 de la Constitución señala que los bienes de dominio exclusivo del Estado deben ser explotados racionalmente. De conformidad con el inciso primero del artículo 247 *ibídem*, los hidrocarburos se cuentan entre los bienes afectados al dominio público, los que deben ser explotados "*en función de los intereses nacionales*"; y,

Que, **la disposición impugnada no restringe ni le priva de las atribuciones de control** a la Dirección Nacional de Hidrocarburos sobre la materia ni a otros órganos de control en el ámbito de sus respectivas competencias, ni implica que la Dirección Nacional de Hidrocarburos deja de ser responsable del control al momento de contratar para el efecto a "*profesionales, firmas o empresas nacionales o extranjeras especializadas*".

Artículo 36.

Que, el **artículo 36** de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana sustituye los artículos agregados mediante la Ley 98-09, a continuación del artículo 18 de la Ley de Hidrocarburos;

Que, las citadas disposiciones eliminan el establecimiento de la llamada curva base o línea base, mediante la cual la participación de los sectores privados en la explotación petrolera se determinaba en tanto en cuanto se supere el promedio histórico de producción del yacimiento respectivo (línea base), además de regulaciones como la





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

25

referida en el inciso segundo del primer artículo innumerado agregado por la Ley 98-09 que disponía: *"En ningún caso la participación del Estado ecuatoriano en la producción incremental será menor al cuarenta por ciento"*;

Que, el contrato de gestión compartida que se prevé en la impugnada disposición tiene como objeto el incremento de la producción, esto es la finalidad del contrato consiste en participar en la actividad petrolera en yacimientos que se encuentran en fase de explotación por parte del Estado. La participación de las compañías privadas en la gestión compartida **no se establece a partir del incremento real de la producción**, sino que sin realizar distinción alguna permite participar a las compañías privadas sobre la totalidad de la producción petrolera, ya que la norma dispone que: *"A partir de este punto se dividirán, entre las partes, la producción y todos los costos relacionados con su participación en la producción"*, es decir se participará sobre la totalidad de la producción petrolera y **no únicamente sobre el incremento real de la producción**, causando un evidente perjuicio a los intereses nacionales; y,

Que, las normas contenidas en el impugnado artículo 36 la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana **no responden a la exigencia prevista en el inciso segundo del artículo 247 de la Constitución** que dispone que la explotación de los recursos naturales no renovables puede ser realizada directamente por el Estado o con la participación del sector privado, pero con la condición de que estos bienes dominiales sean explotados *"en función de los intereses nacionales"*, lo que no sucede al no regularse la participación del sector privado sobre el incremento real de la producción en la materia, beneficiando al sector privado sin tomar en cuenta el interés público en cuyo dominio se encuentra esta clase de bienes.

Artículo 40.

El **artículo 40** de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, en su **artículo innumerado primero** incorpora una disposición general a la Ley de Hidrocarburos, la misma que vulnera el artículo 84 número 5 de la Constitución, pues

señala que “Antes de la ejecución de planes y programas sobre exploración y explotación de hidrocarburos, que se hallen en **tierras asignadas por el Estado ecuatoriano a comunidades indígenas o pueblos negros o afroecuatorianos** y, que pudieren afectar el ambiente, Petroecuador, sus filiales o los contratistas o asociados, deberán consultar con las etnias o comunidades”, **realizando dos distinciones que la Constitución no prevé;**

Que, el número 5 del artículo 84 del texto constitucional prevé la consulta a los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos, en caso de planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables “**que se hallen en sus tierras**” y no solo que se “hallen en **tierras asignadas por el Estado ecuatoriano**”, distinción que restringe la disposición constitucional, tornándolo inconstitucional;

Que, por otra parte, el impugnado artículo 40 señala que la consulta se realizará en el caso que los planes y programas de exploración y explotación de hidrocarburos “*podieren afectar el ambiente*”, mientras que el artículo 84, número 5, de la Constitución dispone que dicha consulta se realizará cuando puedan afectar “**ambiental o culturalmente**” a los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos, con las mismas consecuencias de irregularidad jurídica señalados en el considerando precedente;

Que, **artículo innumerado segundo** señala que:

“...Las comunidades indígenas y los pueblos negros o afroecuatorianos, que se encuentren asentados dentro de las áreas de influencia directa en los que se realicen los trabajos de exploración o explotación de hidrocarburos, podrán beneficiarse de la infraestructura construida por Petroecuador, sus filiales o los contratistas o asociados, una vez que haya concluido la etapa de exploración hidrocarburiífera o explotación, si no existiere otra etapa a continuación de ésta conforme el procedimiento que se determine en el reglamento que se dictará para el efecto”; y,

Que, **respecto de esta disposición no se advierte violación constitucional alguna**, pues se respeta el reconocimiento de los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

27

derechos colectivos de los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos consagrados en el artículo 84 del texto constitucional que señala en su número 5, que en relación a los planes y programas de prospección y explotación de recursos naturales que se hallen en sus tierras, éstos tienen derecho a *"participar en los beneficios que estos proyectos reporten, en cuanto sea posible"*.

De las Reformas a la Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y sus Empresas Filiales.

Artículo 41.

El artículo 41 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana elimina la frase *"como depositaria de los derechos privativos que la ley confiere al Estado Ecuatoriano"* constante en el inciso primero del artículo 2 de la Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y sus Empresas Filiales, dentro del objetivo de Petroecuador; y,

Que, el dominio de los yacimientos hidrocarburíferos se encuentra conferida por la Constitución al Estado Ecuatoriano y la explotación y exploración directa del recurso hidrocarburífero le corresponde al mismo Estado **no existiendo disposición constitucional alguna que consagre a Petroecuador como depositaria de los derechos privativos del Estado en la materia**, como puede fácilmente colegirse al tenor de lo dispuesto en los artículos 244 y 247 de la Carta Fundamental, en consecuencia no existe inconstitucionalidad.

Artículo 42.

El artículo 42 de la ley materia de la demanda reforma algunos artículos en los cuales se eliminan todas las referencias a las empresas filiales. Conforme se lo ha venido manifestando a lo largo de esta resolución, no corresponde al Tribunal pronunciarse respecto a eliminaciones y derogaciones constantes en la ley impugnada.

Artículo 43.

Que, el **artículo 43** de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana incorpora una Disposición Transitoria;

Que, el artículo 143 de la Ley de Compañías establece que las compañías anónimas son sociedades *“cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones”*;
Que, como expresan los accionantes, las compañías anónimas son sociedades que se constituyen con la finalidad de obtener lucro en la actividad comercial, repartiéndose los beneficios entre los accionistas al término de cada ejercicio económico o al disolverse la compañía;

Que, el artículo 247 inciso segundo de la Constitución establece que los recursos naturales no renovables, entre los que se cuentan los hidrocarburos, *“serán explotados en función de los intereses nacionales”*;

Que, si bien la disposición impugnada no desafecta a los yacimientos hidrocarburíferos del dominio público estatal, pues éstos no pueden ser incluidos como aporte en las sociedades que se crean, ni excluye la actividad estatal en las fases de exploración y explotación, desnaturaliza la actividad estatal en materia de exploración y explotación petrolera, pues ésta se debe realizar en función de los intereses nacionales y **no en función de lucrar, exclusivamente, en beneficio de los socios y accionistas**; y,

Que, para mejor criterio y en relación con lo señalado en el considerando precedente, si bien la disposición impugnada, en su inciso tercero, señala por ahora que *“La propietaria de las acciones de las nuevas sociedades será la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador, que no podrá transferirlas a ningún título”*, no se excluye el hecho que, a futuro, mediante una reforma legal **se permita la transferencia de dichas acciones**, perdiéndose el control estatal en la exploración y explotación del recurso hidrocarburífero en función de los intereses nacionales. El análisis de estas cuestiones llevan al Tribunal a determinar la



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

29

inconstitucionalidad de esta disposición.

De las Reformas a la Ley de Minería.**Artículo 44.**

El artículo 44 de la ley demandada que sustituye el último inciso del artículo 7 de la ley de Minería dispone que la concesión minera es susceptible de división material o acumulación, dentro de los límites en ella determinados. En virtud de que la concesión minera es un derecho real, y éste como todos aquellos que siendo *erga omnes* tienen relación a los bienes, puede ser sujeto de traslación de dominio, en consecuencia, **no existe violación constitucional alguna.**

Artículo 45.

El artículo 45 agrega varios artículos innumerados a continuación del artículo 25 de la ley de Minería.

Que, en el primer artículo innumerado, mediante el cual se dispone que los recursos que se generen como resultado de la aplicación de esta ley ingresen a la cuenta única del Presupuesto General del Estado, para ser distribuido en la forma como allí específica, no contiene violación constitucional alguna;

Que, el segundo artículo innumerado al determinar el origen de los recursos a los que se refiere el artículo anterior no es violatorio de norma constitucional de especie alguna; y,

Que, el tercer artículo innumerado mediante el cual se establece la distribución de los ingresos provenientes del pago de patentes de conservación **no atenta a derecho ni norma constitucional.** En todo caso, el Tribunal Constitucional manifiesta que no se han determinado los porcentajes o montos que se destinarán a las Direcciones Nacionales de Minería y Geología, así como los Sistemas de Administración e Información Mineras, de tal forma que no se especifica cual es el excedente que debe ser redistribuido en favor de las demás entidades beneficiadas por esta disposición legal.

Artículo 46.

Que, el artículo 46 del Decreto Ley sustituye los Capítulos II y III del Título III de la ley Minera por el Capítulo I, de la Ley de Minería **“De la Concesión Minera”**, contenido en once artículos innumerados;

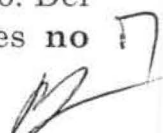
Que, el primer artículo innumerado “Sobre Concesiones Mineras” establece que el Estado conferirá concesiones mineras en favor de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras conforme a las disposiciones de esta ley. **Ella no contraviene precepto constitucional alguno;**

Que, el segundo artículo innumerado determina que la hectárea minera es la unidad de medida para fines de concesión. Se advierte que pese a que la concesión puede llegar hasta el límite territorial y límite de áreas protegidas, **no violenta disposición constitucional de ninguna especie**, ya que la protección de zonas de seguridad nacional está reglada por otras normas legales a las que obviamente tiene que regirse y armonizar la norma en mención;

Que, el tercer artículo innumerado especifica el máximo de la concesión minera en 5.000 “hectáreas mineras” contiguas y el plazo de hasta 30 años renovables por períodos iguales a petición escrita del concesionario, a más de puntualizar el destino de áreas denominadas “demasia” y prever la suspensión del plazo de concesión y la repetición de patentes pagadas. No es factible determinar que la **singularización de dimensiones, plazos y previsión de casos fortuitos violenten la Carta Fundamental;**

Que, el cuarto artículo innumerado establece derechos no reembolsables por trámites administrativos para la solicitud de concesiones, disposición que, confrontada con la normativa constitucional **no evidencia violación alguna;**

Que, el quinto artículo innumerado crea una “patente anual de conservación” que los concesionarios mineros deben pagar por cada hectárea minera y determina la escala, la forma y fecha de pago. Del análisis de esta norma se observa que estas determinaciones **no**



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

31

contrarían disposiciones constitucionales;

Que, el sexto artículo innumerado establece la obligación del concesionario de informar el comienzo de la producción comercial, determinando que no se pueden iniciar esas labores sin tal anuncio. Sin embargo de lo cual, hará suyos los minerales que eventualmente obtenga como resultado de la exploración. El análisis de esta norma permite concluir que la determinación de estos procedimientos **no es compatible con las normas constitucionales;**

Que, el séptimo artículo innumerado crea una patente anual de producción, determinada en 16 dólares por cada hectárea minera. El establecimiento de esta patente, al determinar valores que pueden tener un equilibrio respecto al riesgo de la explotación, **no contraría disposición constitucional alguna;**

Que, el octavo artículo innumerado dispone la presentación anual de informes auditados respecto a la producción, durante la explotación comercial, ante la Dirección Regional de Minería. Del estudio de esta norma **no se encuentra violación a disposición constitucional alguna;**

Que, el noveno artículo innumerado define la expresión "residuos minero-metalúrgicos", determinando que tales residuos forman parte accesoria de la concesión. El análisis de esta disposición, frente al texto constitucional, **evidencia la ausencia de contradicción alguna;**

Que, el décimo artículo innumerado prevé la concesión de explotación de residuos abandonados, estableciendo los casos en que se considera tal abandono. La referida disposición **no contraría disposiciones constitucionales;** y,

Que, el décimo primer artículo innumerado define la explotación ilícita de minerales y se remite al artículo 57 de la Ley para la aplicación de sanciones. La norma impugnada **guarda armonía con las disposiciones constitucionales.**

Artículo 47.

Que, el artículo 47 de la Ley agrega, a continuación del artículo 86 de la Ley de Minería, un artículo que señala a la Subsecretaría de Protección Ambiental del Ministerio de Energía y Minas como autoridad ambiental competente para todos los efectos legales derivados de la Ley, el Reglamento General y el Reglamento Ambiental para Actividades Mineras. El señalamiento de la competencia para el control de daños ambientales **se encuentra dentro de la normativa constitucional.**

Artículo 48.

Que, el artículo 48 de la Ley demandada sustituye el artículo 142 de la Ley de Minería y se remite al reglamento general para la calificación de minería en pequeña escala, a la vez que encarga al Ministerio de Energía y Minas la promoción de la evolución positiva de la minería en pequeña escala. **No existe inconstitucionalidad alguna en estas determinaciones.**

Artículo 49.

Que, el artículo 49 de la ley impugnada sustituye el artículo 148 de la Ley de Minería disponiendo el libre aprovechamiento de materiales de construcción para obras públicas sólo en áreas no concesionadas y contemplando el pago de indemnizaciones. Disposición ésta que, analizada en el contexto de la normativa constitucional, **no violenta disposición alguna.**

Artículo 50.

Que, el artículo 50 de la ley demandada sustituye el artículo 151 de la Ley de Minería y prevé tratamientos y garantías especiales al régimen tributario aplicable a inversiones en el sector minero. **Esta norma se encuentra en concordancia con la Constitución Política.**

7 12



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

33

Artículo 51.

Que, el artículo 51 de la ley que se demanda sustituye las disposiciones transitorias de la Ley de Minería por las siguientes:

PRIMERA. Referida al tratamiento que debe darse a las solicitudes en trámite para obtener título de concesiones.

SEGUNDA. Relativa a la solicitud de sustitución de títulos en la Dirección de Minería competente, por parte de los titulares de concesiones otorgadas bajo el régimen anterior a la vigencia de esta ley.

TERCERA. Determina los efectos de la sustitución de títulos de concesiones mineras.

CUARTA. Establece que los procedimientos de conservación y extinción de derechos mineros en trámite seguirán sustanciándose al amparo de las disposiciones mineras anteriores a la vigencia de esta Ley; y,

Estas disposiciones por sus carácter de transitorias, que dicen relación a la situaciones jurídicas que se presentan entre la vigencia de una y otra ley, **no contravienen disposición constitucional alguna.**

Artículo 52.

Que, el artículo 52 de la Ley impugnada deroga expresamente 31 artículos de la Ley de Minería y dispone que no serán aplicables las leyes o decretos que de cualquier manera contravinieran los preceptos de esta ley. No corresponde al Tribunal pronunciarse respecto de la figura de derogaciones o supresiones. Ello no obstante, el Tribunal Constitucional no puede dejar de observar que de los artículos derogados constantes en el artículo 52 impugnado se advierte que la supresión de varios de ellos, en especial la supresión de los artículos 87 y 9, 10, 169 y 175, provoca situaciones que se encontrarían en contradicción con determinados preceptos constitucionales como los que dicen relación con la seguridad

nacional contenida en el artículo 15 de la Carta Fundamental y la protección del medio ambiente consagrada en los artículos 86 y siguientes de la Constitución, por lo que con estas derogatorias no se está garantizando la supremacía constitucional.

De las Reformas a la Ley del Régimen del Sector Eléctrico

Artículo 54.

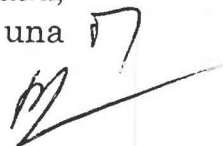
Que, el artículo 54 impugnado en la demanda agrega un artículo después del artículo 5 de la Ley del Régimen del Sector Eléctrico, que dice relación a la política de electrificación que el Estado actuará a través del CONELEC, **disposición que no infringe norma constitucional alguna;**

Artículo 55.

Que, el artículo 55 impugnado que reemplaza el literal b) del artículo 13 de la Ley que reforma, relativa a que corresponde a CONELEC el plan de electrificación. Toda vez que es competencia privativa y potestativa del Estado, la planificación económica y social, conforme lo establece el artículo 254 de la Constitución, el cual determina que aquella planificación será obligatoria para el sector público y referencial para el sector privado, al establecer que **los programas de planificación son referenciales** para ambos sectores, **contraviene la norma constitucional antes referida;**

Que, por otro lado, el inciso segundo del artículo 244 de la Carta Fundamental determina que dentro de la economía social de mercado, corresponde al Estado formular en forma descentralizada y participativa planes y programas obligatorios para la inversión pública y referenciales para la privada, por lo dicho, la consignación formulada en el artículo que se estudia, en el sentido de que **la planificación será meramente referencial** incluso para el sector público, **contraviene la citada norma fundamental;**

Que, de la misma manera el artículo 242 de la Carta Suprema determina que la organización y funcionamiento de la economía responderá a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad a fin de asegurar a los habitantes una





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

35

existencia digna e iguales derechos y oportunidades, y el permitir que la planificación eléctrica sea simplemente referencial para el sector público, posibilita el hecho de que desaparezca, con respecto a la población y, consecuentemente a los usuarios el principio constitucional de solidaridad y eficiencia garantizados en la forma como lo indica la Constitución. En consecuencia y por las consideraciones anotadas, la frase *“Este plan tendrá el carácter de referencial”* es inconstitucional; y,

Artículo 57.

Que, el impugnado artículo 37, de acuerdo con los argumentos constantes en la demanda, se colige se trata del artículo 57 de la ley, toda vez que de conformidad con la doctrina y la Constitución, corresponde al juez subsanar los errores de forma cometidos por el actor para no perjudicar a la justicia por la existencia de ellos, tal artículo sustituye el literal c) del artículo 14 de la Ley del Régimen del Sector Eléctrico referente a la conformación del Directorio del CONELEC, **disposición que no afecta a norma constitucional alguna.**

De las Reformas a la Ley de Aviación Civil

Artículo 71.

Que, el artículo 71 de la demandada ley dispone que se sustituya el artículo 1 de la Ley de Aviación Civil. Con respecto al primer inciso, se señala que de conformidad con lo que dispone el artículo 252 de la Constitución, es deber y responsabilidad del Estado la regulación del transporte terrestre, aéreo y acuático y de las actividades aeroportuarias y portuarias, mediante entidades autónomas civiles, con la participación de las correspondientes autoridades de la fuerza pública. De lo cual se desprende que efectivamente aquello que tiene relación con la potestad estatal de regular, conducir, planificar y controlar las políticas de aeronavegación en cuanto ellas se refieren a la soberanía nacional, no pueden ser objeto de delegación, sino que es de orden privativo del poder público.

Que, a efecto de que la norma constitucional antes aludida no pueda

ser objeto de ulterior interpretación por parte de otros estamentos que no sea el Congreso Nacional, al tenor de lo que dispone el numeral 4to. del artículo 130 de la Carta Magna, **se declara inconstitucional la palabra "Asimismo,"**;

Que, en lo referente a los incisos segundo y tercero del mismo artículo objeto de la demanda, **ellos se sujetan a los principios constitucionales;**

Artículos 72, 73, 74, 75, y 77.

Que, la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 72, 73, 74, 75 y 77 numerales 8, 10 y 17, que igualmente dicen relación a las Reformas a la Ley de Aviación Civil, **no vulneran garantías ni preceptos constitucionales;** y,

Artículo 78.

Que, el artículo 78 de la impugnada Ley introduce una disposición transitoria que transforma a la empresa TAME en sociedad anónima. La empresa en referencia fue constituida con el propósito de que la Fuerza Aérea Ecuatoriana coadyuve a la actividad privada en la movilización de carga y pasajeros, fundamentalmente en áreas fronterizas y marginales hacia las cuales la operación particular o era limitada o simplemente no existía; de tal forma que con la operación de esta Línea de Bandera se presta el principio constitucional de solidaridad en favor de los grupos menos favorecidos;

Que por otro lado, el artículo 238 de la Constitución en su inciso cuarto dispone que el Estado debe dar "preferencia a las obras y servicios en las zonas de menor desarrollo relativo, especialmente en las provincias limítrofes"

Que, independientemente de lo expuesto, la norma legal materia de impugnación no limita la posibilidad de que de conformidad con el estatuto jurídico que se crea, "TAME Línea Aérea del Ecuador" pueda ser objeto de total enajenación, con lo cual, se transferirá indefectiblemente los bienes que ella posee y que son parte del





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

patrimonio nacional. En consecuencia, la transformación que se opera mediante el impugnado artículo **violenta los principios constitucionales contenidos en los artículos 238 inciso cuarto y 242 de la Carta Suprema.**

De las Reformas a la Ley de Centros Agrícolas y Cámaras de Agricultura

Artículo 81.

Que, el artículo 81 del impugnado Decreto ley que transforma a la Ley de Centros Agrícolas y Cámaras de Agricultura, en Ley de Centros Agrícolas, Cámaras de Agricultura y Asociación de Productores, **no contraviene norma constitucional;**

Artículo 82.

Que, el artículo 82 que se impugna suprime la expresión "*así como las cámaras de agricultura provinciales que se crean en virtud de la presente ley*", lo cual es **atentatorio contra las garantías constitucionales referentes a la libertad de asociación** contenidas en el numeral 19 del artículo 23 de la Carta Fundamental;

Artículo 83.

Que, el artículo 83 incorpora modificaciones al artículo 2 de la Ley en cuestión. Luego de examinada esta disposición se establece que el primer inciso incorporado limita la libertad de asociación al determinar la obligación de que la pertenencia gremial se refiera a la respectiva Cámara de Agricultura Zonal, lo cual también contradice las corrientes productivas agropecuarias que tiene el país, creando dificultades para la libre asociación de los correspondientes integrantes del gremio, de manera especial en perjuicio de los pequeños agricultores;

Que, las limitaciones impuestas en la disposición demandada materia de este análisis contraviene el numeral 19 del artículo 23 de la Constitución. En consecuencia, **se declara la**

inconstitucionalidad de la palabra "zonal";

Que, los incisos tercero y cuarto del impugnado artículo no contienen disposiciones que sean incompatibles con el texto constitucional.

Artículo 84.

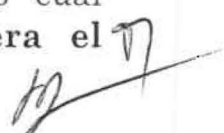
Que, el artículo 84 materia de la demanda, con el cual se eliminan las Cámaras Provinciales de Agricultura, y en su defecto se crean las Asociaciones de Productores, contiene una disposición contradictoria por cuanto, si bien es cierto que la creación de entidades participativas de la población **no contraviene norma constitucional alguna**, no es menos cierto que de la forma como se ha eliminado la correspondiente entidad provincial, es violatorio del principio constitucional de libre asociación. Se deja constancia del faltamiento constitucional en que se ha incurrido con la dispuesta eliminación, toda vez que el Tribunal no puede pronunciarse sobre derogaciones o supresiones;

Artículo 85.

Que, el artículo 85 mediante el cual se eliminan los artículos 8, 9 y 10 y se los reemplaza por el constante en este artículo, faculta la organización agrícola en la forma como prevé esta impugnada disposición, lo cual **no altera el orden constitucional existente**. Sin embargo, en tanto han sido eliminadas las organizaciones provinciales conllevan violaciones a los principios y derechos constitucionales de libre asociación que no puede dejar de puntualizar el Tribunal Constitucional pese a no poder emitir pronunciamiento sobre supresiones;

Artículo 86.

Que, el artículo 86 cuya inconstitucionalidad se ha demandado sustituye al artículo 11 de la Ley mediante el cual se establece una nueva estructura de organización sectorial gremial merced a la supresión de las cámaras de agricultura provinciales, lo cual evidentemente **se encuentra en contradicción y altera el**





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

principio constitucional de libre asociación previsto y consagrado por el numeral 19 del artículo 23;

Artículo 87.

Que, el artículo 87 al sustituir los artículos 12, 13, 14 y 15A las cámaras provinciales por "centros agrícolas cantonales y asociaciones de productores existentes en las provincias de..." Manteniendo el mismo criterio de que la **imposición de formas asociativas contraviene igualmente el principio constitucional de libre asociación**, y que ha sido reiteradamente mencionado en la presente resolución; **por tanto, es inconstitucional**;

Artículo 88.

Que, el artículo 88 al sustituir el artículo 17 de la Ley reformada, no afecta ni altera la Constitución; sin embargo, se deja constancia y se observa que en la conformación de la asamblea general como máximo órgano de gobierno de las cámaras zonales no se han incluido a las cámaras provinciales que igualmente son órganos intermedios de asociación;

Artículo 89, 90 y 91.

Que, los artículos 89, 90 y 91 de la demandada ley, **no contravienen norma constitucional alguna**;

Artículo 92.

Que, el artículo 92 por el cual se incorporan a la Ley reformada dos disposiciones transitorias, legisla normativamente hacia la organización interna de las entidades de derecho privado, con lo cual se reitera la violación constitucional a la libertad de asociación y con ello también en lo referente a los derechos políticos de las personas y a las potestades que taxativamente se han dado los correspondientes gremios en sus estatutos. **El Estado no puede imponer condiciones al desenvolvimiento de las entidades privadas**, su deber es garantizar la libre asociación y organización

de ellas, lo contrario es propio de sistemas corporativistas propios de regímenes autoritarios; y,

Que, en tratándose de una nueva organización, respecto a ella no existe reelección cuando se elige por primera vez, por lo que proscribe en la forma como se lo hace violenta el principio constitucional de igualdad ante la ley consagrado en el numeral 3 del artículo 23, así como se limita la libertad de asociación cuya garantía consta en el ya referido artículo 23 de la Constitución.

De las Reformas a la Ley de Creación de Fondos de Desarrollo Gremial Agropecuario.

Artículo 93.

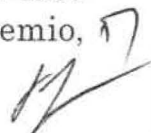
Que, el artículo 93 del Decreto Ley mediante el cual se redefine la palabra "*asociación*" del artículo 1 de la Ley de Creación de Fondos de Desarrollo Gremial Agropecuario como un organismo zonal regional o nacional, y que al omitir la categoría de provincial, atenta al derecho de libre asociación determinado por el numeral 19 del artículo 23 de la Constitución, en virtud de lo cual, la frase "*a nivel zonal, regional o nacional, conforme consta en la ley de Centros Agrícolas, Cámaras de Agricultura y Asociaciones de Productores*" deviene en inconstitucional;

Artículo 94.

Que, el artículo 94 materia de impugnación no afecta a la Carta Suprema;

Artículo 95.

Que, el artículo 95 demandado que reforma el artículo 3 de la Ley de Creación de Fondos de Desarrollo Gremial Agropecuario, que se financia por disposición de la ley impugnada "con las contribuciones obligatorias de los productores agrícolas o pecuarios afiliados a las federaciones o asociaciones, en los montos mínimos y máximos fijados por éstas de acuerdo con el reglamento a esta Ley. En el caso de que el productor agropecuario no desee afiliarse a algún gremio,





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

su contribución equivalente al máximo fijado, será recaudada por el Ministerio de Agricultura y Ganadería y servirá exclusivamente para programas de fortalecimiento gremial”, **disposición que afecta a la libertad de asociación** reconocida en el numeral 19 del artículo 23 del texto constitucional, en el entendido que los productores agrícolas o pecuarios, específicamente, se afilien a las federaciones o asociaciones para defender sus intereses, por lo que la contribución que se presta tiene esa finalidad, la que no es perseguida por el no afiliado, quien tampoco recibe los beneficios gremiales respectivos, además de vulnerar el principio de igualdad reconocido en el numeral 3ro. del artículo 23 de la Constitución, pues se impone al no afiliado el monto máximo de la contribución realizando una distinción arbitraria en la materia respecto de sus similares que se encuentran afiliados; y,

Artículo 96.

Que, el artículo 96 de la ley que se impugna deroga en su totalidad el artículo 6 de la Ley 86 promulgada en el Registro Oficial No.675 del 13 de abril de 1995, y por cuanto el Tribunal no puede declarar inconstitucional una norma que deroga a otra, se abstiene de emitir pronunciamiento.

Reforma a la Ley Constitutiva del Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias

Artículo 97.

Que, el artículo 97 sustituye el artículo 1ro. de la Ley 165 publicada en el Registro Oficial No.984 de 22 de julio de 1992, mediante el cual define al INIAP como una persona jurídica de derecho privado. La entidad técnica agropecuaria denominada INIAP, es un organismo creado por la ley para el ejercicio de una facultad estatal, la investigación y propagación de resultados en favor de la actividad agropecuaria nacional;

Que, si bien de conformidad con la Constitución y la ley, el Estado se encuentra facultado para delegar a los particulares la prestación de servicios públicos, no es menos cierto que en el presente caso no se

trata de un singular o especial servicio público, sino es el proceso de investigación que es un deber estatal conforme lo determina el artículo 80 de la Carta Suprema, la que prevé que esta actividad se la realice en coordinación con los sectores productivos;

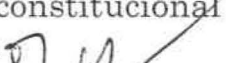
Que, de conformidad con la normativa jurídica vigente que vive el Ecuador, las entidades y organismos denominados "con finalidad social o pública" han dejado de tener vigencia y constituyen un anacronismo cuando se las incluye en la legislación en vigor. Mediante una ley no es factible que se traspasen bienes públicos y/o nacionales a una entidad privada, sin que aquello conlleve la violación de varias normas legales constantes en la LOAFYC y se violentan algunas normas legales referentes al manejo y control de bienes estatales y nacionales. En consecuencia, las palabras "**de derecho privado**" son inconstitucionales; y,

Artículo 98.

Que, el artículo 98 de la ley que se impugna sustituye el artículo 6 de la Ley constitutiva del Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias INIAP, relativo a la composición de la Junta Directiva. Si bien de él no debió excluirse al estamento nato de investigación, la Universidad, y al sector campesino organizado o no, sin embargo, la forma de integración constante en esta norma, **no violenta derecho constitucional alguna;**

De las Reformas a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado.

Artículo 107.

Que, el artículo 107 de la ley impugnada sustituye el artículo 23 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado. Al respecto, se aprecia que el acomodar la legislación al proceso de dolarización vigente, contenido en la Ley de Transformación Económica del Ecuador - la cual no ha sido declarada inconstitucional - **no habría contravención constitucional alguna.** 



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 108.

Que, el artículo 108 impugnado, sustituye el primer inciso del artículo 109 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, en el que se establece como objetivos de este Banco, entre otros, el financiamiento de programas, proyectos, obras y servicios cuya prestación es responsabilidad del Estado, sea que los preste directamente o por delegación a empresas mixtas o *privadas*, y el financiamiento de programas de los sectores público y *privado*, calificados como proyectos que contribuyan al desarrollo socio económico nacional;

Que, el Banco del Estado se constituyó con el fin de que sea la entidad que canalice créditos estatales en favor de las entidades del sector público para la ejecución de obras constantes en los programas de desarrollo nacionales, regionales y sectoriales;

Que, el alterar este fin del Banco de Desarrollo es movilizar todo el esquema de la planificación nacional, la que se verá afectada cuando en virtud de la presente disposición el sector privado, puede tener acceso a este Banco anteponiendo aquellos intereses a los regionales y nacionales que manejan los sectores públicos insertos en el Plan Nacional de Desarrollo;

Que, de conformidad con lo que disponen los artículos 254 y 255 de la Constitución, corresponde al Estado la Planificación que permita establecer los objetivos nacionales en materia económica y social a ser alcanzados a corto, mediano y largo plazo, el que se encuentra a cargo de un organismo técnico dependiente de la Presidencia de la República al que se sumarán los gobiernos seccionales y las organizaciones sociales determinadas por la Ley. En consecuencia, el régimen presidencialista singularizado por la Constitución se verá seriamente afectado al superponerse a él, en lo referente a la planificación, los intereses de los organismos y entidades privadas, con lo cual además se desnaturaliza la misión del BEDE que prioriza el criterio de solidaridad que debe regir la vida de la sociedad ecuatoriana;

Que, por otra parte la disposición contenida en el artículo 249 de la

Constitución permite la delegación no así el financiamiento a empresas privadas; y el artículo 3 numeral 4 prevé el principio de solidaridad que debe guiar a la organización y financiamiento de la economía del país. Disposiciones que se ven violentadas con el artículo impugnado. Por lo mismo, se declara inconstitucionales las palabras “**o privadas,**” e “**y privado,**” constantes en este artículo.

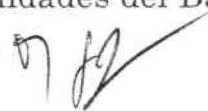
Artículo 109.

Que, el artículo 109 del Decreto Ley impugnado incorpora al artículo 120 de la Ley del Régimen Monetario y Banco del Estado un inciso referente a que los créditos concedidos por el BEDE en favor de las empresas mixtas o privadas, deben estar avalados por una garantía real. En virtud de que esta disposición se encuentra bajo el mismo régimen y esquema del artículo anterior, se concluye que las palabras “**o privadas,**” violentan el numeral 4 del artículo 3, el artículo 249 y los artículos 254 y 255 de la Constitución.

Artículo 110.

Que, el artículo 110 de la ley que se impugna y que reemplaza el artículo 124 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, igualmente desvía el criterio constitucional y legal de los principios endógenos de solidaridad y de planificación, hacia el interés y conveniencia privada, por lo que, a igual que el artículo anterior, y por las mismas fundamentaciones, éste es inconstitucional en las palabras “**o privadas**”.

Debe puntualizarse también que existen instituciones que forman parte de la sociedad ecuatoriana y que independientemente de su calidad y condición de privadas han entregado un aporte sustentable al desarrollo del Estado, de manera especial en el campo social y de la solidaridad en el que se han desarrollado, razón por la cual han venido siendo acreedores de asignaciones estatales, estas se encuentran en plena capacidad para recibir los créditos que otorga el Banco del Estado, sin que las finalidades del Banco ni el principio constitucional se vean vulnerados; y,





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 111.

El artículo 111 de la impugnada ley y que reforma el artículo 125 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, disponiendo que se añadan las palabras "*mixto y privado*", por las mismas razones de que no se garantizan los preceptos constitucionales de la solidaridad y la planificación estatal, vulneran los preceptos constitucionales que a tales principios dicen relación las palabras "*y privado*".

De las Reformas a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero

Artículo 112.

Que, el artículo 112 de la Ley que se demanda reemplaza al artículo 114 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero; sin embargo, de la lectura de la disposición impugnada se colige que, en realidad, la materia de impugnación es el artículo 144 de la antes referida norma legal, y en virtud de que en la reforma se determina el porcentaje mínimo que debe observarse respecto a las entidades del sistema financiero con relación a su patrimonio técnico, estableciéndose que bajo el determinado mínimo legal, los accionistas se encuentran obligados a pignorar en favor de la AGD el 51% de sus acciones pagadas; y por cuanto la norma técnica establecida en este artículo forma parte de una garantía que las instituciones del sector privado deben brindar al ente estatal denominado Agencia de Garantía de Depósitos, y, pese a que ese porcentaje debe ser determinado periódicamente en función del desenvolvimiento económico del país, el artículo impugnado no violenta la Constitución en esta parte.

Artículo 116 y 117.

Que, el artículo 116 del Decreto Ley que se impugna, sustituye el artículo 174 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y ha sido demandado en su inconstitucionalidad respecto a los incisos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo se advierte que:

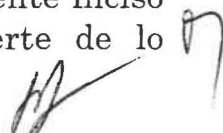
7

El inciso tercero dice relación a la conformación de una comisión que debe previamente presentar un informe para viabilizar la demanda en contra de las autoridades de control bancario. Es evidente que el ejercicio de la administración de justicia es una potestad y una garantía estatal, y es ejercida por la Función Judicial la cual no admite la formación de comisiones especiales, por expresa prohibición de la Constitución (artículo 24 numeral 11). Así como el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, de tal forma que al crear una comisión ad-hoc que de manera previa determine la procedencia de una acción judicial en contra de las pertinentes autoridades monetarias, violenta el armónico desarrollo del Estado, fundamentalmente en lo que tiene que ver con la unidad jurisdiccional.

En consecuencia, el tercer inciso del artículo 116 de la impugnada Ley violenta las disposiciones constitucionales contenidas en el numeral 11 del artículo 24 que consagra el derecho de que ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente, ni juzgada por tribunales de excepción **o por comisiones especiales que se creen para el efecto**. De la misma manera se violentan los artículos 191 y 192 de la Carta Fundamental, de lo que se deviene que este inciso es inconstitucional;

Que, los incisos cuarto y quinto del artículo impugnado dispone la conformación y designación de la comisión referida en el inciso precedente. Toda vez que tal **conformación y designación violenta los principios y normas constitucionales**, su conformación es de suyo inconstitucional;

Que, en lo referente a los incisos sexto y séptimo es preciso determinar que el Tribunal no encuentra inconstitucionalidad alguna con respecto a la determinación del fuero del que podrían gozar los funcionarios mencionados en estos incisos, ya que el fuero de manera alguna busca protección ni encubrimiento del encausado, sino que es una garantía de solvencia y seriedad en favor de la justicia. Pese a lo expuesto, toda vez que por las razones ya determinadas este organismo declaró inconstitucional el inciso tercero del artículo materia de este estudio y, al referirse el presente inciso a él, debe entenderse que lo secundario sigue la suerte de lo





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

principal, por ende, estos incisos igualmente son inconstitucionales.

Bajo el criterio antes señalado de que el fuero no significa de manera alguna discriminación frente a la aplicación de la ley, sino que por el contrario la aparente desigualdad crea igualdad frente al juzgador, **el Tribunal resuelve desechar la demanda en lo referente a la alegada inconstitucionalidad del inciso octavo del artículo 116, e igual suerte corre el artículo 117 del decreto ley impugnado.**

De las Reformas a la Ley de Mercado de Valores

Artículos 118 y 119.

Que, los artículos 118 y 119 de la impugnada ley mediante los cuales se derogan los incisos cuarto del artículo tercero, y segundo, tercero y cuarto del artículo 32 de la Ley de Mercado de Valores, **no merecen pronunciamiento de este Tribunal** en virtud de que con relación a las derogaciones no cabe la acción de inconstitucionalidad.

De las Reformas a La Ley Orgánica de Aduanas

Artículo 138.

Que, el artículo 138 de la impugnada Ley, mediante el cual se elimina del artículo 4 la frase "con excepción del Servicio de Vigilancia Aduanera", habida cuenta de que con la eliminación efectuada no se violenta disposición constitucional de ninguna especie, **se desecha la demanda en la impugnación en referencia.**

De las Reformas a la Ley de Radiodifusión y Televisión

Artículo 157.

Que, el artículo 157 de la ley materia de la presente demanda suprime el artículo 3 y el último párrafo del artículo 18 de la Ley de Radiodifusión y Televisión. Advirtiéndose de que la supresión

constante en la Ley que se demanda permite la transferencia de canales nacionales de radio y televisión, en favor de personas naturales o jurídicas extranjeras; y que las respectivas frecuencias para su efectivación utilizan bienes nacionales que forman parte del inalienable e imprescriptible territorio patrio, como el espacio aéreo y las ondas electromagnéticas y que obviamente pueden abarcar y de hecho abarcan, áreas y zonas de seguridad nacional. En consecuencia, la ausencia de las normas, producto de la supresión, no garantiza el cumplimiento de las disposiciones constitucionales constantes en los artículos 2, 15 y 247 de la Constitución.

De las Reformas a la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero.

Artículo 164.

Que, en cuanto al **artículo 164** de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, el artículo 623 inciso segundo del Código Civil afecta a las playas dentro de los bienes nacionales de uso público, por lo que estos bienes son inalienables, imprescriptibles e inembargables, excluyéndolas del comercio jurídico privado, no siendo susceptibles de ejercer sobre ellas el derecho de dominio, pues pertenece al comercio jurídico público, a través de la concesión, mediante la cual la administración otorga al administrado derechos reales y exclusivos de aprovechamiento y le crea el derecho de ejercer potestades administrativas;

Que, el artículo 164 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana permite que el Presidente de la República disponga la desafectación, **mediante decreto ejecutivo**, de estos bienes que son de dominio público; y,

Que, estos bienes dominiales se encuentran afectados al dominio público por disposición de la ley y solo se los puede desafectar mediante ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141, número 7, de la Constitución, no siendo posible que dicha desafectación opere mediante normas jurídicas positivas infralegales, como es un Decreto Ejecutivo, caso en el cual se produciría una contradicción entre una ley, que afecta al bien demanial, y un acto normativo inferior, que lo desafecta, vulnerándose el principio de regularidad del ordenamiento jurídico



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

positivo.

De las Reformas al Código del Trabajo.

Artículos 168 y 169.

Que, los Artículos 168 y 169 del Decreto Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, que reforman los artículos 19 y 79 del Código del Trabajo, contienen la determinación de la polifuncionalidad de las prestaciones laborales y su régimen legal.

En virtud de que, la polifuncionalidad se encuentra orientada a evitar la especialidad en el desempeño laboral, permitiendo la alternabilidad indiscriminada de la mano de obra no técnica, se propicia artificiosamente la inseguridad laboral mediante posibles acciones laborales de visto bueno, dejando en mayor indefensión al trabajador, parte débil de la relación laboral y además, se violenta la exigencia al Estado para que supere el desempleo y el subempleo;

Al facultar la disgregación en la actividad laboral, de manera indirecta se impide la tecnificación de esta actividad y con ello no se permite la adecuada capacitación del individuo en la misma, lo cual, de conformidad con lo que dispone el artículo 60 de la Constitución, es un deber inexcusable del Estado y requisito del desarrollo nacional, amén de garantía de la equidad social.

De la misma forma el último inciso del artículo 18 de la Carta Fundamental establece que las **leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales**; y,

Independientemente de estas referidas violaciones constitucionales, los artículos impugnados también violentan las disposiciones contenidas en los numerales 1, 2 3 y 4 del artículo 35 de la Carta Suprema que garantiza los derechos de los trabajadores. Por las razones expuestas, los artículos 168 y 169, materia de esta demanda, son inconstitucionales;

Artículo 172.

Que, en relación al **artículo 172** de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, elimina del concepto de remuneración para efectos de la indemnización lo que el trabajador percibe en **servicios o en especies** y condiciona a las retribuciones normales en la industria o servicio a que sea "*permanente*", en contradicción con el artículo 35 número 14 de la Constitución Política de la República;

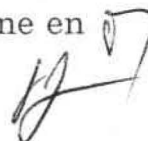
Que, además excluye para efectos de dicha indemnización a las bonificaciones voluntarias que no se encuentran exceptuadas del concepto de remuneración por así disponerlo el inciso segundo del citado número 14 del artículo 35 *ibídem*;

Que, adicionalmente, se debe observar el mandato del artículo 35 número 3 de la Constitución que reza: "*El Estado garantizará la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores, y adoptará las medidas para su ampliación y mejoramiento*". El concepto de intangibilidad en materia laboral implica que los derechos que les han sido reconocidos a los trabajadores no pueden verse afectados por disposición de la ley, con mayor razón si éstos han sido consagrados en el texto constitucional, por lo que no se puede legislar afectándolos; y,

Que, en definitiva la disposición impugnada **vulnera el deber del Estado de adoptar medidas para la ampliación y mejoramiento de los derechos reconocidos a los trabajadores**, pues en el presente caso dichos derechos precisamente se disminuyen y perjudican.

Artículo 173.

Que, respecto del **artículo 173** de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, de acuerdo con el numeral 8 del artículo 35 de la Constitución Política, los trabajadores tienen derecho a **participar en las utilidades líquidas de las empresas de conformidad con la ley. Derecho que no tiene limitación constitucional alguna**; por tanto la norma deviene en





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

inconstitucional.

Artículo 182.

Que, el artículo 182 de la impugnada Ley, agrega al final del artículo 169 del Código del Trabajo un inciso orientado a privar de indemnizaciones a los trabajadores por terminación del contrato, siendo que en la actualidad se halla previsto tal pago en contratos colectivos. La misma ley ha previsto este pago en caso de extinción de la persona jurídica, y otras causales determinadas por la ley, por lo cual esta disposición es inconstitucional en tanto la legislación laboral en su afán de nivelar la relación interpartes de trabajador y empleador destaca elementos protectivos en favor de la parte más débil de esta relación, el trabajador, lo cual guarda relación y se sujeta a la disposición imperativa del artículo 35 de la Constitución y a los Convenios 87 y 98 de la OIT.

Además esta reforma no cumple con el objetivo constitucional y viola la vigencia de los derechos del trabajador, consagrados en los numerales 1, 3 y 4 del artículo 35 de la Carta Suprema, por lo que se declara su inconstitucionalidad.

Artículo 183.

Que, el artículo 183 de la Ley impugnada que reforma el artículo 171 del Código Laboral **guarda relación con el mandato constitucional contenido en los numerales 3 y 4 del artículo 35 de la Constitución.**

Artículo 185.

Que, el artículo 185 de la ley cuya inconstitucionalidad se demanda reforma el artículo 187 del Código del Trabajo que a su vez se refiere al pago de indemnizaciones a las que tiene derecho el dirigente trabajador cuando ocurre el despido intempestivo. La reforma plantea que la indemnización solamente tiene lugar en favor del dirigente principal o suplente principalizado de la organización de trabajadores, lo cual atenta contra la libertad de asociación sindical

y toda vez que el suplente actúa en gestiones directivas y en cualquier momento puede ser principalizado definitivamente, por lo que la garantía constitucional contenida en el **numeral 9 del artículo 35 de la Constitución mira hacia la dirigencia sindical y no exclusivamente hacia la persona o individualidad del dirigente;** y,

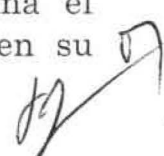
De la misma forma, **el artículo impugnado violenta el Convenio 87 de la OIT referente a la libertad sindical y la posibilidad de elegir libremente a sus representantes.** Por lo expuesto, se declara la inconstitucionalidad del artículo 185.

Artículo 186.

Que, el artículo 186 que reforma el inciso tercero del artículo 188 del Código del Trabajo que incorpora condicionamientos respecto a las indemnizaciones laborales, **es discriminatorio para los trabajadores que tienen más años de servicio y mayor remuneración,** con lo cual violenta la contratación colectiva garantizada por el numeral 12 del artículo 35 de la Carta Fundamental, de la misma forma es violatorio de la garantía de igualdad ante la ley establecida por el numeral 3 del artículo 23 de la Constitución, así como violenta los numerales 3 y 4 del ya referido artículo 35 Constitucional relativo a la intangibilidad e irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, igualmente el impugnado artículo no guarda sindéresis con los principios de solidaridad que imponen al Estado.

Artículo 187.

Que, el artículo 187 que se agrega a continuación del artículo 188 del Código del Trabajo, mediante el cual se determina qué ha de entenderse por remuneración para el pago de indemnizaciones y que contraría el numeral 14 del artículo 35 de la Constitución que establece el concepto, y **una norma jurídica de menor jerarquía, la ley, no puede estar en conflicto ni contraponerse a la norma suprema,** la que prima en el ordenamiento jurídico; y toda vez que la invocada disposición constitucional ya determina el concepto de remuneración, al redefinirla con una merma en su





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

apreciación, el impugnado artículo deviene inconstitucional.

Artículo 189.

Que, el artículo 189 de la impugnada Ley reforma la regla 2 del artículo 219 del Código del Trabajo, referente a la determinación de los límites de la pensión jubilar en general y para el caso de que un trabajador sea beneficiario de doble jubilación, en particular. La reforma que podría haber mejorado la situación del jubilado, en realidad no lo hace y, al tener como referencia el denominado salario mínimo vital, que en la práctica es inexistente, propugna una discriminación en perjuicio de estas personas y violenta los numerales 3 y 20 del artículo 23 y el artículo 54 de la Constitución, referentes a la igualdad ante la ley, el derecho a acceder a una digna calidad de vida así como el referente a que el Estado garantiza a las personas de la tercera edad y a los jubilados el derecho a una asistencia especial que asegure en su favor un adecuado nivel de vida; más aún si el propio Estado mediante proyecto de reformas procedió a incrementar esta pensión jubilar en forma sustancial;

Al no respetar los principios constitucionales antes enunciados, el inciso que dice *“En ningún caso la pensión mensual de jubilación será mayor que el sueldo o salario medio del último año ni inferior a los salarios mínimos vitales, si solamente tiene derecho a la jubilación a cargo del empleador, o a un salario mínimo vital si es beneficiario de doble jubilación”* es inconstitucional. Sin embargo, se exhorta al legislador que en atención al mandato contenido en el artículo 54, así como los numerales 3 y 20 del artículo 23 de la Constitución, se determine una pensión jubilar que dignifique la naturaleza humana del jubilado;

En lo referente a la reforma de la tercera regla del mismo artículo 219, si bien la costumbre más generalizada ha permitido que mediante convenio se llegue a establecer un determinado monto que pueda suplir el pago mensual que en concepto de jubilación debe cancelar el patrono, práctica que en caso de conflicto no ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia, por lo cual se exhorta al legislador en atención al mandato contenido en el artículo 54, así

como los numerales 3 y 20 del artículo 23 de la Constitución, norme la situación en favor de los trabajadores que se acojan al derecho de jubilación a fin de que se doten a los cesantes de una calidad de vida digna, habida cuenta de que ellos ya prestaron a la sociedad el contingente de su esfuerzo mientras su vitalidad se encontró en plena capacidad.

Artículo 190.

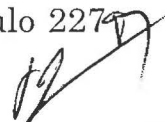
Que, el artículo 190 de la Ley demandada que sustituye el artículo 224 del Código del Trabajo mediante el cual, si bien define lo que se denomina contrato o pacto colectivo, en el desarrollo del mismo se elimina el hecho de que solamente pueden celebrarse los contratos siguientes y/o sucesivos entre los mismos intervinientes en el pacto, quedando sujetos los contratos futuros a los principios determinados en el llamado pacto, aún cuando tales contratos se celebren con nuevos trabajadores. **Esta disposición vulnera la garantía constitucional de la contratación colectiva** determinada en el numeral 12 del artículo 35 de la Constitución, y el Convenio 98 de la OIT mediante el cual se determina el derecho a la vigencia de los principios de sindicalización y contratación colectiva, por la cual el artículo es inconstitucional.

Artículo 191.

Que, el artículo 191 de la demandada ley suprime el artículo 225 del Código del Trabajo relativo a la obligación de celebrar contrato colectivo, eliminación ésta que no precautela el contenido del texto constitucional constante en el numeral 12 del artículo 35 de la carta Magna. Ahora bien, en virtud de que mediante la ley en estudio se procede a suprimir este artículo, **el Tribunal no puede pronunciarse sobre una norma inexistente**, sin embargo se exhorta al legislador para que en cumplimiento del antes citado mandato constitucional, proceda en derecho a restituir la norma derogada.

Artículo 193.

Que, el artículo 193 materia de la demanda suprime el artículo 227





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

del Código del Trabajo relativo a la representación de las diversas organizaciones en el contrato colectivo. **De la misma forma como se indicó en la demandada inconstitucionalidad del artículo 191, el Tribunal no tiene facultades para pronunciarse sobre una derogatoria,** empero ella no precautela el derecho constitucional a la libre asociación garantizada en el numeral 9 del artículo 35 de la Constitución y los Convenios 87 y 98 de la OIT.

Artículo 195.

Que, el artículo 195 de la demanda reforma el artículo 239 del Código del Trabajo incluyendo la palabra "*primer*", al referirse al contrato colectivo. Es necesario dejar constancia que la contratación colectiva es única, de tal forma que la denominación ordinal que se puede hacer a la misma, es arbitraria. La contratación colectiva permite mantener un ambiente armónico y de convivencia entre las partes contractuales, razón por la cual, mientras se desarrolla el proceso de negociación del contrato colectivo es imperativo para los trabajadores no presentar pliego alguno de peticiones, en contrapartida, no le es permitido al empleador despedir a los trabajadores. **Con la inclusión de la palabra "*primer*" se incumple con la norma constitucional que consagra la garantía de equidad y protección a los derechos de los trabajadores** en clara violación de los numerales 3 y 4 del artículo 35 de la Constitución. Por lo tanto se declara inconstitucional el artículo 195.

Artículo 196.

Que, el artículo 196 de la ley demandada sustituye el texto del artículo 241 del Código del Trabajo, mediante el cual se singulariza que la declaratoria de huelga por parte de los trabajadores, opera *únicamente* cuando notificado el empleador, despidiere a uno o más de los trabajadores, disposición que es contradictoria con la norma contenida en el artículo 504 del Código Laboral, que establece otras causales de huelga, con lo cual se crea un conflicto en la aplicación del mismo cuerpo legal, y, violenta los numerales 10 y 12 del artículo 35 de la Constitución referentes al derecho de huelga y garantía a la contratación colectiva, derecho que también se halla

consagrado en el convenio 98 de la OIT. Por lo tanto, se declara inconstitucional la palabra "*únicamente*" constante en este artículo.

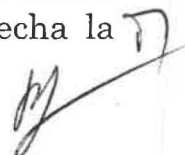
Artículo 197.

Que, el artículo 197 de la ley demandada incluye, luego del artículo 240 del Código del Trabajo, otro innumerado mediante el cual se crea el Pacto Libre Colectivo de Trabajo. De conformidad con el Código del Trabajo, la contratación colectiva procede con el Comité de Empresa, conformado por más de la mitad de los trabajadores que laboran en ella, en tanto que el Pacto Colectivo no requiere un número de trabajadores dispuestos a suscribirlo. Por ende, esta nueva modalidad pretende deslegitimar la organización laboral. Y, por el contrario, el pacto libre colectivo deviene en un pacto individual en virtud del cual los trabajadores desorganizados se debilitan frente al empleador, perdiendo la calidad y fuerza negociadora, precisamente por ser la parte más débil de la relación laboral.

Adicionalmente, la obligación legal de una duración mínima del pacto colectivo obliga a los trabajadores a mantener inalterables sus relaciones laborales independientemente de las circunstancias político - económicas que vive el país. **La coercitividad de la disposición legal en estudio violenta las garantías de libertad sindical y contratación colectiva contenidas en los numerales 9 y 12 del artículo 35 de la Constitución**, así como las disposiciones que sobre la materia se encuentran contenidos en los Convenios Internacionales 87 y 98 de la OIT, suscritos por el Ecuador. Por lo expuesto, este artículo es inconstitucional.

Artículo 202.

Que, el artículo 202 de la Ley que se impugna agrega al artículo 506 del Código del Trabajo un inciso mediante el cual se dispone que declarada la huelga, por parte de los trabajadores, el inspector del Trabajo proceda a levantar un acta inventario de los bienes existentes en la empresa. En virtud de que este artículo **no vulnera derecho constitucional alguno**, con respecto a él se desecha la





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

demanda; y,

Artículo 203.

Que, el artículo 203 del demandado decreto - ley que agrega un inciso al artículo 522 del Código Laboral, mediante el cual, se faculta que para el caso de huelga, un grupo de trabajadores continúe laborando, o ante la negativa de ellos, se contrate ocasionalmente trabajadores sustitutos. **Por no existir violación a norma ni precepto constitucional**, se desecha la demanda que sobre este artículo se ha planteado.

Inconstitucionalidad de Forma:

Que, corresponde a este organismo analizar también si efectivamente el Decreto Ley impugnado es inconstitucional por la forma. Al respecto, es menester recurrir al texto del artículo 155 de la Constitución el que prevé que en el régimen presidencialista que reconoce el Ecuador, el Primer Mandatario es colegislador, y en el caso de que aquél estime que el proyecto que va a remitir tiene el carácter de urgencia económica, así lo mencionará al enviar al Legislativo, el que, de conformidad con la norma antes citada, **“deberá aprobarlos, modificarlos o negarlos en el plazo máximo de 30 días contados a partir de su recepción”**.

Que, el mandato constitucional de manera alguna prevé la posibilidad de suspensión del invariable plazo en él determinado, por lo que no ha lugar a una interpretación administrativa o legal de esta disposición constitucional, al tenor de lo que prescribe el numeral 4 del artículo 130 de la Constitución, mediante el cual se reserva exclusivamente al poder legislativo la facultad de interpretar la Constitución y la ley. Y, al no haber tal interpretación, la norma constitucional debe ser entendida y aplicada conforme a su texto vigente, por lo que se desecha la demanda en lo que dice relación a este fundamento constante en ella.

Que, finalmente, en lo que dice relación a que el proyecto de ley remitido por el Ejecutivo al Legislativo, violenta el Art. 148 de la

Constitución, es preciso acotar que si bien de manera puntual, no todas las reformas que contiene tal proyecto hacen referencia de manera expresa a un aspecto económico, sin embargo tienen invariablemente repercusiones y son relativos a tópicos que tienen que ver con el desarrollo del país dentro del esquema de modernización en el que se encuentra involucrado el Estado, y, habida cuenta que si bien de manera directa se trata de varias materias, no es menos cierto que todas aquellas se encuentran interrelacionadas precisamente por la modernización del Estado.

Por las razones antes expuestas se desecha la demanda en cuanto a este aspecto.

En ejercicio de sus atribuciones,

RESUELVE:

1. Desechar la demanda de inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes normas de la LEY PARA LA PROMOCION DE LA INVERSION Y LA PARTICIPACION CIUDADANA, publicada en el Registro Oficial Nro. 144 de 18 de agosto de 2000:

- De los artículos 3, 22, 25, 28, 29, 34; 35, segundo artículo innumerado del artículo 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 57, incisos segundo y tercero del artículo 71, 72, 73, 74, 75, 77, 81, 84, 85, 88, 89, 90, 91, 94, 96, 98, 107, 112, incisos primero, segundo y octavo del artículo 116, 117, 118, 119, 138, 183, 191, 193, 202 y 203.

2. Declarar la inconstitucionalidad por el fondo y suspender totalmente los efectos de las siguientes normas de la LEY PARA LA PROMOCION DE LA INVERSION Y LA PARTICIPACION CIUDADANA, publicada en el Registro Oficial Nro. 144 de 18 de agosto de 2000:

■ De los artículos 1, 30, 36, 43, 78, 82, 86, 87, 92, 95, 157, 164, 168, 17



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

169, 172, 173, 182, 185, 186, 187, 190, 195 y 197.

3. Declarar la inconstitucionalidad por el fondo y suspender parcialmente los efectos de las siguientes normas de la LEY PARA LA PROMOCION DE LA INVERSION Y LA PARTICIPACION CIUDADANA, publicada en el Registro Oficial Nro. 144 de 18 de agosto de 2000:

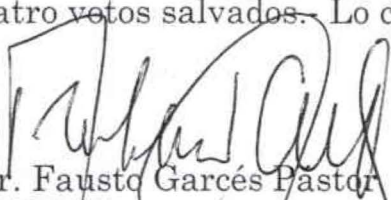
- a) De las palabras “o administrativa” del inciso primero del artículo 17;
- b) De las palabras “o negocios fiduciarios” del artículo 19; y,
- c) Del inciso segundo del artículo 20.
- d) Del artículo innumerado primero del artículo 40.
- e) De la frase “Este plan tendrá el carácter de referencial” del artículo 55.
- f) De la palabra “Asimismo,” del inciso primero del artículo 71;
- g) De la palabra “zonal” del inciso segundo del artículo 83;
- h) De la frase “a nivel zonal, regional o nacional, conforme consta en la Ley de Centros Agrícolas, Cámaras de Agricultura y Asociaciones de Productores” del artículo 93;
- i) De las palabras “de derecho privado” del artículo 97;
- j) De las palabras “o privadas,” y de las palabras “y privado,” del artículo 108;
- k) De las palabras “o privadas,” del artículo 109;
- l) De las palabras “o privadas” del artículo 110;
- m) De las palabras “y privado” del artículo 111;
- n) De los incisos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo del artículo 116.
- o) Del inciso primero del artículo 189; y,
- p) De la palabra “únicamente” del artículo 196.

3. Desechar la demanda de inconstitucionalidad por la forma de la LEY PARA LA PROMOCION DE LA INVERSION Y LA PARTICIPACION CIUDADANA publicada en el Registro Oficial Nro. 144 de 18 de agosto de 2000; y,

4. Publicar la presente resolución en el Registro Oficial. Notifíquese”.


Dr. René de la Torre Alcívar
PRESIDENTE

RAZON: Siento por tal que la resolución que antecede fue aprobada conforme la votación que consta en las Actas de Sesiones del Pleno del Tribunal Constitucional de los días martes 28, miércoles 29 y jueves 30 de noviembre, lunes 4, martes 5, jueves 7, viernes 8, lunes 11 y martes 12 de diciembre de 2000. En los artículos 3, 20 inciso primero, 22, 28, 34, 42, 57, 72, 73, 74, 75, 77, 81, 83 incisos tercero y cuarto, 88, 90, 91, 94, 98, 118 y 119 se desechó la demanda de inconstitucionalidad por unanimidad; y, en los artículos 17 inciso segundo, 25, 29, 35, 40 artículo innumerado segundo, 41, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 71 incisos segundo y tercero, 84, 85, 89, 96, 107, 112, 116 incisos primero, segundo y octavo, 117, 138, 183, 202 y 203 se desechó la demanda de inconstitucionalidad con votos salvados conforme consta de las correspondientes Actas y varios de tales votos salvados también se acompañan. Igualmente, en los artículos 1 letra c), 43, 71 inciso primero, 83 inciso segundo, 93, 97, 110, 111, 157, 164, 172, 173, 182, 186, 187, 189 regla dos, 190, 195, 196 y 197 se declaró la inconstitucionalidad por el fondo, por unanimidad; y, en los artículos 1 letra d), 17 inciso primero, 19, 20 inciso segundo, 30, 36, 40 artículo innumerado primero, 55, 78, 82, 86, 87, 92, 95, 108, 109, 116 incisos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo, 168, 169, 185 con votos salvados conforme consta de las correspondientes Actas y varios de tales votos salvados se acompañan. La inconstitucionalidad por la forma se desechó con cinco votos a favor y cuatro votos salvados. Lo certifico.


Dr. Fausto Garcés Pastor
SECRETARIO GENERAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VOTO SALVADO DEL VOCAL DOCTOR OSWALDO CEVALLOS BUENO EN LA RESOLUCIÓN No.193-2000-TP SOBRE LOS CASOS Nos. O29-2000-TC Y 033-2000-TC.

Dando cumplimiento a lo que dispone el Artículo 13 de la Ley de Control Constitucional me aparto del criterio de la mayoría y consigno mi voto salvado respecto de las siguientes normas que el Tribunal Constitucional declaró "Inconstitucionales" en la "LEY PARA LA PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA", por las razones que detallo a continuación:

- 1) Respecto de las "Reformas a la Ley de Modernización del Estado", el Art. 1ro sustituyó en el primer artículo de esta Ley el literal "d" que decía que la Ley de Modernización tiene por objeto establecer los principios y normas generales para regular, entre otras cosas, la enajenación en las circunstancias establecidas en esta ley, de la participación del Estado en las empresas estatales no previstas en el numeral uno del artículo 46 de la Constitución Política de la República o de las mixtas señaladas en el numeral dos del mencionado artículo 46.. El literal sustitutivo, simplemente se refiere a que tiene por objeto regular la enajenación de la participación de las instituciones del estado en las empresas estatales. Por consiguiente, no cabe encontrar aquí inconstitucionalidad de ninguna clase, pues lo único que ha hecho la norma es actualizarse y simplificarse, pues ya no tiene razón de ser la cita de las normas de la Constitución que ya no están vigentes en la actualidad.
- 2) En el Art. 17 la mayoría del Pleno del Tribunal Constitucional encontró que en la reforma al artículo 41 de la Ley de Modernización, que se refiere a la posibilidad que tiene el Estado para delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de diversos servicios públicos, era inconstitucional la frase "o administrativa"; al respecto considero que esta norma en general, y concretamente la frase citada, no violan ninguna norma constitucional, y mas bien constituyen la correcta aplicación del Art. 249 de la Constitución Política, ya que quién puede lo mas, puede lo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

menos, y si se puede delegar mediante cualquier forma contractual de acuerdo con la ley, también puede hacerlo mediante cualquier otra forma administrativa, siempre y cuando se lo haga de acuerdo con esa misma ley.

- 3) Asimismo, la mayoría determinó respecto del Art. 19, que la inclusión de la frase "o negocios fiduciarios" al final del artículo 43 de la Ley de Modernización, que enumera las modalidades con las cuales se pueden llevar a cabo los procesos de modernización, es inconstitucional. No comparto este criterio, puesto que dada la naturaleza y el concepto de lo que son los negocios fiduciarios, su inclusión no atenta contra ninguna norma de la Constitución, sino que más bien contribuye a facilitar tales procesos.
- 4) El Pleno del Tribunal calificó la inclusión obligatoria de la cláusula de arbitraje para la solución de las controversias en los contratos de delegación previstos en el artículo 46 de la Ley de Modernización, como inconstitucional, considerando que lo que se estaba imponiendo como obligatorio era el arbitraje. Salvo mi voto pues considero que no existe ninguna inconstitucionalidad, en razón de que lo que es obligatorio no es el arbitraje, sino la inclusión de una cláusula que permita acudir a este método alternativo de solución de controversias, que no es lo mismo. Hay que considerar que si no hay cláusula arbitral y se necesita acudir al arbitraje es necesario realizar trámites y llegar a acuerdos, y que la inclusión de dicha cláusula no significa que necesariamente se ha de ir a un arbitraje, cuando el Estado considera que no es conveniente este método y resuelve acudir a la justicia ordinaria.
- 5) En cuanto al Art. 30 que contiene las reformas a la "Ley de Creación del Fondo de Solidaridad", no comparto el criterio de su inconstitucionalidad pues considero que la venta de acciones de su propiedad de conformidad con la ley, de ninguna manera puede considerarse que constituye una violación de lo que dispone el Art. 250 del texto constitucional, puesto que de lo que se trata es de precautelar que el capital del Fondo de Solidaridad se emplee en inversiones seguras y rentables y las utilidades sean las que financian los programas sociales para los que fue creado. Ello de ninguna manera significa que tenga que mantener en su poder y a perpetuidad las acciones y participaciones de las empresas de las cuales es accionista, sino que justamente al venderlas adecuadamente incrementa su capital, para poder invertirlo en forma segura y rentable.

A handwritten signature in the bottom right corner of the page.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 6) Con relación a la declaratoria de inconstitucionalidad del Art. 36, que sustituyó los artículos agregados a continuación del artículo 18 de la Ley de Hidrocarburos, me aparto del criterio de la mayoría pues no encuentro que ninguna de las disposiciones sustitutivas atenten contra ningún precepto constitucional, ni en cuanto permiten la existencia de contratos de gestión compartida, ni en cuanto prevén que organismo y de qué manera ha de adjudicarlos, ni tampoco la que determina que la empresa adjudicada debe realizar todas las inversiones ni la forma de repartir la producción y los costos. El hecho de que las normas sustituidas pudiesen o no haber sido mas convenientes, nada tiene que ver con una inconstitucionalidad y hay que señalar que el método denominado "de la curva base" no está consagrado en la constitución, ni que la declaratoria de inconstitucionalidad vuelve a ponerlo en vigencia.
- 7) Salvo mi voto expresamente con relación a la declaratoria de inconstitucionalidad del primer artículo innumerado agregado después de las Disposiciones Generales de la Ley de Hidrocarburos, por el artículo 40 de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, pues considero que dicha norma constituye la aplicación justamente del Art. 84, numeral 5 de La Constitución Política. El hecho de que la norma constitucional se refiera en forma general a "sus tierras" y que la norma legal de aplicación se refiera a "tierras asignadas por el Estado Ecuatoriano", a mi modo de ver, no justifica una declaratoria de inconstitucionalidad y más bien perjudica a los pueblos indígenas y afro ecuatorianos.
- 8) Respecto de la inconstitucionalidad del Art. 43, mediante el cual se agregó una Disposición Transitoria a la Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, salvo mi voto por no haber estado presente en la sesión en la que el Tribunal resolvió esta inconstitucionalidad de fondo.
- 9) Consigno también mi voto salvado respecto de la declaratoria de inconstitucionalidad de la frase "Este plan tendrá el carácter de referencial" de la norma sustitutiva del literal "b" del artículo 13 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, en virtud de que no existe ninguna norma constitucional violada, y que además por definición todos los planes, mientras sean tales, siempre serán referenciales. En la práctica el plan de electrificación del país, aún cuando la norma legal lo haya calificado de obligatorio para el sector público, en el fondo no ha dejado de ser referencial, pues siempre estará sujeto a las variaciones y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

modificaciones que las circunstancias y necesidades del país determinen: la presa Mazar, por ejemplo, no fue construida cuando de acuerdo al plan debió serlo y hoy existe el criterio técnico generalizado, de que ya no es conveniente construirla.

- 10) Discrepo y salvo mi voto con relación a la inconstitucionalidad del Art. 78 de la Ley que ha sido materia de la demanda, referente a la Disposición Transitoria que transformaba la Empresa Estatal "TAME", Transportes Militares Ecuatorianos en una sociedad anónima que operará con el nombre de TAME Línea Aérea del Ecuador S.A. y señalo que no existe en mi criterio ningún precepto constitucional que sea directa o indirectamente violado o afectado con esta transformación, que es perfectamente constitucional; pues no se debe confundir los criterios que atañen a la conveniencia o incluso a la legalidad, con los que tienen que ver con la constitucionalidad de la norma.
- 11) Salvo mi voto con relación a la declaratoria de inconstitucionalidad de la frase "de derecho privado" que incluyó el Art. 97 de la Ley que es materia de la demanda, en el Art. 1 de la Ley Constitutiva del Instituto Autónomo de Investigaciones Agropecuarias, en razón de no haber estado presente en la sesión en la que se resolvió.
- 12) Igualmente salvo mi voto con respecto a la inconstitucionalidad de las palabras "o privadas" e "y privadas" del Art. 109 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, modificado por el Art. 108 de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana; de la frase "o privadas" del inciso que incorpora el Art. 109 de la Ley demandada a continuación del Art. 120 de la misma Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado. En estos casos salvo mi voto en razón de haber estado ausente de la sesión correspondiente en la que el Tribunal resolvió sobre la inconstitucionalidad de dichos términos en los citados artículos.
- 13) En lo relacionado con las reformas a la "Ley General de Instituciones del Sistema Financiero"(Art. 174) que contiene el Art.116 de la Ley que es materia de la demanda, no concuerdo y salvo mi voto en lo referente a la declaratoria de inconstitucionalidad de los incisos tercero al séptimo, pues no concibo este requerimiento prejudicial en el sentido de que se trata de jueces o tribunales especiales que violente la unidad jurisdiccional, sino que por el contrario considero que se trata de normas perfectamente apegadas al ordenamiento constitucional, que lo único que hacen es



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

perfeccionarlo a fin de que los jueces correspondientes cuenten con la información que les permita contar con los suficientes elementos de juicio en materia bancaria, contable y legal, al momento de juzgar.

- 14) El Pleno del Tribunal resolvió en mi ausencia, declarar la inconstitucionalidad del Art. 164 que reformó el Art. 52 de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero autorizando al Presidente de la República a desafectar las zonas de playa y bahía, y en tal virtud dejo constancia de mi voto salvado.
- 15) En materia laboral, al declarar inconstitucionales los artículos 168 y 169 de la Ley demandada, declaró inconstitucional la reforma de los artículos 19 y 79 del Código del Trabajo, que permitía la poli funcionalidad laboral. Discrepo con el criterio de la mayoría, puesto que esta norma no atenta contra ningún precepto constitucional, ni perjudica de manera alguna a los derechos de los trabajadores. Por el contrario su aplicación en nuestro medio habría incrementado la productividad, el empleo y las remuneraciones de los trabajadores, sin que de modo alguno se afecten sus derechos consagrados en el texto constitucional.
- 16) Salvo mi voto por no haber estado presente en las sesiones en las que se resolvió la inconstitucionalidad de fondo, total o parcial de los artículos 172, 173, 182, 185, 186, 187, 189, 190, 195, 196 y 197 de la Ley demandada, referentes a las reformas al Código del Trabajo.

DR. OSWALDO CEVALLOS BUENO
VOCAL



documento quina-215-

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Quito, 13 de diciembre del 2000.

Voto salvado de los señores vocales doctores Marco Morales Tobar, Hernán Salgado Pesantes, Hernán Rivadeneira Játiva y Guillermo Castro Dager, sobre la inconstitucionalidad por la forma del Decreto Ley 2000-1 que contiene la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, publicada en Registro Oficial No. 144 de 18 de agosto del 2000

“EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso signado con el No. 029-2000-TC,

Con los antecedentes constantes en la resolución principal referentes al caso signado con el No.029-2000-TC, nos apartamos del voto de mayoría por los siguientes considerandos:

Que el artículo 276, número 1, de la Carta Fundamental concede al Tribunal Constitucional la facultad para analizar y declarar la inconstitucionalidad de fondo o de forma de “leyes orgánicas y ordinarias, decretos - leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos”.

Que, en la demanda se plantea la inconstitucionalidad de fondo y de forma de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, promulgada por el Presidente de la República como Decreto Ley;

Que, el proyecto de Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana fue iniciado por el Presidente de la República y calificado de urgente en materia económica, en virtud de la atribución prevista en los artículos 144, número 2, y 155 de la Constitución;

Que, la parte final del inciso primero del artículo 155 de la Constitución señala, respecto de los proyectos de ley en materia económica calificados de urgente por el

Presidente de la República, que “*el Congreso deberá aprobarlos, modificarlos o negarlos, dentro de un plazo máximo de treinta días, contados a partir de su recepción*”;

Que, en caso de omisión legislativa de tramitar el proyecto de ley en materia económica calificada de urgente por el Presidente de la República dentro del plazo constitucional, el artículo 156 de la Constitución señala que “*el Presidente de la República lo promulgará como de decreto-ley en el Registro Oficial*”;

Que, el Presidente de la República, mediante Decreto No. 690 de 17 de agosto del 2000, dispuso la promulgación en el Registro Oficial de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, basado en el criterio de que había transcurrido el plazo de treinta días previsto en el artículo 155 de la Constitución;

Que, como es público y notorio, en el seno del Congreso Nacional se produjo una pugna en torno a la elección de sus dignidades, al existir en el seno de la Legislatura un grave desacuerdo en la interpretación de la norma constitucional y legal sobre el modo de elegir a sus dignatarios, hecho que fue llevado al plano jurídico mediante una acción de amparo, por la cual el Juez Décimo de lo Penal de Pichincha ordenó la suspensión de lo actuado el 1 de agosto del 2000;

Que, en virtud de la providencia de suspensión dictada por el juez de amparo, el Congreso Nacional se encontró -desde el punto de vista jurídico- desprovisto de sus dignatarios y no había quien lo presidiera, de esta circunstancia se deriva el hecho de que la Función Legislativa no podía ejercer todas sus atribuciones constitucionales y legales de las que se encuentra investido, entre otras y específicamente, el tratamiento del proyecto de *Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana*;

Que, el no tratamiento de la referida Ley por parte del Congreso Nacional dentro del plazo constitucional de treinta días **no se produce como consecuencia de una omisión legislativa sino que es el resultado de las circunstancias de fuerza mayor** antes descritas, en las que incidió, en mayor o menor medida, la discutida providencia judicial que suspendió la designación de los dignatarios del órgano Legislativo mediante una acción de amparo; en síntesis, todos estos hechos alteraron el normal desenvolvimiento del Congreso Nacional y obstaculizaron -si no impidieron- el ejercicio normal de su potestad legislativa;

Que, de conformidad con lo señalado en los considerandos precedentes, el no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3

tratamiento del proyecto de *Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana* no es imputable al Congreso Nacional sino producto de un hecho imprevisible y de consecuencias inevitables por parte de la Legislatura proveniente de un acto emanado por la autoridad judicial; por ello este Tribunal considera que existe fuerza mayor y una de sus consecuencias es, precisamente, la suspensión de los plazos;

Que, en el caso que nos ocupa, el plazo constitucional de treinta días previsto para el tratamiento de un proyecto de ley en materia económica y calificado de urgente se entendía suspendido, por fuerza mayor, desde el 1 de agosto hasta el 29 de agosto del 2000, período en el cual el Congreso se encontraba absolutamente imposibilitado de ejercer sus atribuciones constitucionales y legales;

Que, el proyecto de *Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana* fue iniciado y presentado por el Presidente de la República al Congreso Nacional el 13 de julio del 2000;

Que, la providencia judicial mediante la cual se suspende la actividad legislativa fue dictada el 6 de agosto del 2000 y, por tanto, a la fecha de suspenderse la actividad legislativa faltaban doce días para completarse el plazo total de treinta días señalado por la Constitución;

Que, de lo expuesto queda claro que el Decreto No. 690, mediante el que se promulga el Decreto Ley 2000-1 que contiene la *Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana*, fue dictado sin cumplirse la condición de hecho prevista en el artículo 156 de la Constitución;

Que, habiéndose iniciado el proyecto de *Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana* por el Presidente de la República y habiéndolo calificado de urgente, para resolver este Tribunal debe analizar el cumplimiento del requisito de la materia económica;

Que, si bien es cierto que en algunos casos resulta difícil identificar la materia económica contenida en un proyecto de ley, especialmente en relación a las materias complementarias que se incluyen en cada proyecto, no cabe calificar de económico a asuntos totalmente ajenos a dicha materia;

Que, dentro de la *Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana*, se incluyen materias absolutamente ajenas a lo económico, como son las

reformas a la Ley de Aviación Civil, a la Ley de Centros Agrícolas y Cámaras de Agricultura, a la Ley Constitutiva del Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias y al Código de la Salud en materia de registro sanitario;

Que, el artículo 148 de la Constitución señala que : *“Los proyectos de ley deberán referirse a una sola materia y serán presentados al presidente del Congreso con la correspondiente exposición de motivos. Si el proyecto no reuniere estos requisitos no será tramitado”*;


Que, al contener la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana la reforma directa a diversas materias desarrolladas en treinta y un cuerpos normativos, la vicia de inconstitucional respecto de la forma, pues la reforma a todos y cada uno de los cuerpos legales debió ser iniciada en proyectos de ley reformativa separadas y no obtener su trámite en conjunto, razón por la cual se ha violentado el ya mencionado Art. 148 de la Carta Fundamental;

Por todo lo expuesto, este Tribunal


RESUELVE:

1. Declarar la inconstitucionalidad, por vicios de forma, de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, publicada en Registro Oficial No. 144 de 18 de agosto del 2000, por lo que se la deja sin efectos, en los términos del artículo 278 de la Constitución.-
2. Publicar la presente resolución en el Registro Oficial .- Notifíquese.”-


Dr. Marco Morales Tobar
VOCAL


Dr. Hernán Rivadencira Játiva
VOCAL


Dr. Hernán Salgado Pesantes
VOCAL


Dr. Guillermo Castro Dager
VOCAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PRESIDENCIA

VOTO SALVADO DEL DOCTOR RENE DE LA TORRE ALCIVAR, EN LA RESOLUCION NO. 193-2000-TP, EN LOS CASOS 029-00-TC Y 033-00-TC, TOMADA EN SESIONES DE MARTES 28, MIERCOLES 29 Y JUEVES 30 DE NOVIEMBRE LUNES 4, MARTES 5, JUEVES 7, VIERNES 8, LUNES 11 Y MARTES 12 DE DICIEMBRE, DEL AÑO 2000

Con los antecedentes anotados en el voto de mayoría salvo mi voto en los siguientes puntos:

1.- En relación con la inconstitucionalidad del artículo 36, literal c) de la Reforma a la Ley de Hidrocarburos: considero que esa norma no adolece de inconstitucionalidad porque está de acuerdo al inciso segundo del artículo 247 de la Carta Fundamental y más bien se establece: "La empresa seleccionada o cada empresa que conforma el consorcio seleccionado deberá pagar el impuesto a la renta conforme a la Ley y el inciso último del referido literal dispone que si se abandona una área el Estado no debe pagar ninguna indemnización al consorcio seleccionado".

2.- El voto de mayoría declara inconstitucional el artículo 86 que está ubicado en el Título 8 y que se refiere a la reforma de centros Agrícolas y Cámaras de Agricultura, esa norma declarada inconstitucional dice: "Las cámaras de agricultura zonales estarán integradas por los centros agrícolas cantonales de la respectiva zona y por las asociaciones de productores agropecuarios existentes en la misma" y el voto de mayoría también declara inconstitucional el artículo 87 donde dispone que los artículos 12, 13, 14 y 15ª, sustitúyase la expresión "cámaras provinciales" por "centros agrícolas cantonales y asociaciones de productores existentes en las provincias de ...". En ninguna parte de la Constitución de la República se dispone que las cámaras de agricultura zonales no pueden estar integradas por las cámaras agrícolas cantonales y las asociaciones de productores agropecuarios y en artículo 87 no es inconstitucional que se sustituya la expresión "cámaras provinciales" por centros agrícolas cantonales y asociaciones de productores y existentes en las zona y pongo de presente que al declararse inconstitucionales los artículos 86 y 87 jurídicamente no se restablecen las normas que han sido sustituidas. Las disposiciones declaradas inconstitucionales guardan concordancia con el artículo 266 de la Constitución.

3.- Se declara inconstitucional el artículo 95 que crea el fondo de desarrollo gremial aduciendo que a nadie puede obligarse a que se afilie y pague contribución a una asociación. Considero que esta norma busca una organización más efectiva del sector



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PRESIDENCIA

agropecuario que está deprimido desde hace varios años. Esta disposición lo que hace es crear una contribución especial que deben pagar los productores agropecuarios conforme el Reglamento a dictarse, en la asociación a la que se pertenece. Si no están afiliados esa contribución debe pagarse al Ministerio de Agricultura. Esta norma guarda conformidad con los artículos 266 y 267 de la Constitución Política de la República.

4.- El voto de mayoría declara inconstitucional los artículos 168 y 169 que busca que el trabajador que desempeña labores polifuncionales tenga una mejor remuneración y superior al trabajador que desempeña una sola función, esta disposición está en conformidad con el primer inciso del artículo 35 de la Constitución donde se indica que el trabajador debe tener una remuneración justa que cubra sus necesidades y de su familia y nada más justo que el trabajador que puede desempeñar dos o más actividades tenga remuneración superior a los que desempeñan una sola función y estimula la aplicación del artículo 97, numeral 6 de la Constitución

5.- El artículo 185 dispone que a continuación del primer inciso del artículo 187 del Código del Trabajo de agregue lo siguiente: "principal o suplente principalizado del comité de empresa". La reforma busca que las garantías y derechos solo deben concederse al miembro de la directiva del comité de empresa principal o al suplente principalizado. A pesar que la reforma es muy clara el voto de mayoría determina que es inconstitucional aduciendo que los suplentes de una directiva también cumplen labores de dirección; pero el principio jurídico recogido en nuestra Constitución es que los suplentes solo tienen una mera expectativa y esa expectativa no da derecho. En ninguna parte de la Constitución se garantiza, se dispone que los suplentes deban tener los mismos derechos a los principales. No existe una violación clara al texto constitucional.

6.- En el artículo 55 se sustituye el literal b) del artículo 13 de la Ley del Régimen del Sector Eléctrico que dispone: b) "elaborar el plan de electrificación en el aprovechamiento óptimo de los recursos naturales. Para el efecto se mantendrá actualizado el inventario de los recursos energéticos del país con fines de producción eléctrica. Este plan tendrá el carácter de referencial". El voto de mayoría declara inconstitucional la frase: "Este plan tendrá el carácter de referencial". Si la frase dispone que éste plan tiene carácter referencial en qué se opone a la Constitución Política del Estado.


DR. RENE DE LA TORRE ALCIVAR
VOCAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Quito, 19 de diciembre del 2000

RESOLUCION No. 193-2000-TP

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VOTO SALVADO DEL DR. MARCO A. MORALES TOBAR, en los casos signados con los Nos. 029-2000-TC y 033-033-TC,

De modo general, se asume que la labor interpretativa tiene por objeto desentrañar el correcto sentido y alcance de los preceptos normativos, en este caso del texto constitucional.

La interpretación de la Constitución es auténtica cuando deviene del órgano legislativo y tiene la particularidad de ser realizada con carácter general y obligatorio, de conformidad con los artículos 130, número 4, y 284 de la Constitución, lo que no implica, en lo absoluto, que solo el Congreso Nacional tenga la potestad de interpretar las normas de la Constitución: todo órgano del poder público interpreta las normas al momento de aplicarla, precisamente, para desentrañar su correcto sentido y alcance. De esta manera, la interpretación será, además y entre otras, doctrinaria en el momento en el que los juristas a través de su estudio y análisis emiten su pensamiento y judicial, cuando los órganos jurisdiccionales interpretan las normas en orden a administrar justicia en los casos concretos que se les proponen.

Básicos para la interpretación de la Constitución son los siguientes cánones: gramatical, cuando se interpreta apeándose al frío enunciado del texto constitucional, la que se realiza inclusive de manera restrictiva si se aparta a la norma interpretada del contexto normativo e incluso del resto del ordenamiento jurídico; la histórica, basada en la historia fidedigna del establecimiento de la norma; teleológica o finalista, en la cual prevalece el elemento dogmático por sobre el orgánico, esto es, la declaración de derechos y los principios básicos de la institucionalidad del Estado por sobre el establecimiento y organización del poder del Estado a través de sus instituciones políticas, en la cual se toma en cuenta el elemento valorico o axiológico; la interpretación práctica, por medio de la cual se concretan los objetivos del constituyente, canon o principio de interpretación que rechaza la existencia de normas programáticas con el objeto que se de cumplimiento al proyecto constitucional; la interpretación sistemática, que considera que la Constitución es un todo orgánico, por lo que se rechaza toda interpretación desencajada,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3

Como se ha expresado en varias ocasiones, los bienes de dominio público, denominados también *demaniales* o *dominiales*, no son susceptibles de transferencia bajo ningún título ni concepto, pues les pertenecen al Estado o a la nación toda, vale decir a todos los ecuatorianos.

Artículo 29, inciso primero.

El artículo 252, inciso segundo, del texto constitucional, de manera clara señala que: *“El Estado ejercerá la regulación del transporte terrestre, aéreo y acuático y de las actividades aeroportuarias y portuarias, mediante entidades autónomas, con la participación de las correspondientes entidades de la Fuerza Pública”*. De tal suerte, que lo que busca el legislador constituyente, es que estas actividades se realicen por medio de entes autónomos, con la participación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. De ninguna manera implica que una entidad autónoma bajo ningún título sea organizada ni reorganizada por una de las funciones del Estado, puesto que la misma actúa con sujeción a su Ley de origen; y, de otra parte, la participación de las Fuerzas Armadas no es facultativa sino imperativa.

TITULO 3

DE LAS REFORMAS A LA LEY DE HIDROCARBUROS.

Artículo 35.

El artículo 244, número cuatro, de la Constitución señala que *“Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: ... 4. - Vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley y regularlas y controlarlas en defensa del bien común. ...”*

Estimo que esta disposición está siendo irrespetada desde el mismo momento en el que se pretende, mediante contrato, entregar el control y fiscalización de la actividad petrolera a firmas o empresas nacionales o extranjeras.

TITULO 4

REFORMAS A LA LEY ESPECIAL DE LA EMPRESA ESTATAL PETROLEOS DEL ECUADOR (PETROECUADOR) Y SUS EMPRESAS FILIALES.

Artículo 41.

La Empresa Estatal PETROECUADOR, es la representante del Estado en materia de los derechos privativos que la ley le confiere en materia de hidrocarburos. El artículo 247 de la Constitución, de forma clara, prescribe que los recursos natu-

rales no renovables son inalienables e imprescriptibles, en esto hay que decir que en cuanto a los yacimientos o depósitos del petróleo le corresponde al Estado su exploración y explotación, potestad que se ejerce a través de PETROECUADOR.

TITULO 5 REFORMAS A LA LEY DE MINERIA

De modo previo al análisis de los artículos impugnados a las reformas de la Ley de Minería, estimo necesario dejar expresado que los bienes dominiales son bienes que le pertenecen a la nación toda, y por tanto el Estado no tiene la facultad de disposición, propia de los bienes patrimoniales, los bienes dominiales cuentan con la característica esencial de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad con la que no cuentan los bienes patrimoniales o de propiedad del Estado, conocidos como bienes fiscales. Que esta afectación establecida por el artículo 247 de la Constitución Política de la República, en su inciso primero, no implica que en su exploración y explotación pueda participar el sector de la economía privada, con sujeción a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 247 del mismo texto jurídico. Que, por último es necesario, dejar claramente establecido que la exploración y explotación de estos bienes se ha de hacer siempre tomado en consideración el interés nacional.

Artículo 44.

En el artículo 44 de la ley demandada que sustituye el último inciso del artículo 7 de la ley de Minería dispone que la concesión minera es susceptible de división material o acumulación, dentro de los límites en ella determinados.

Nos apartamos del criterio de la mayoría y salvamos nuestros votos por cuanto el inciso materia de la reforma debe ser entendido dentro del contexto general del artículo, ya que si bien es cierto que el inciso primero establece que la concesión es un derecho real inmueble, en el inciso materia de la reforma, antes se preveía que esa concesión no es susceptible de división material, y solamente admitía división porcentual en derechos y acciones. En tal virtud, efectivamente el derecho real era una ficción jurídica. Al sustituirse este inciso se elimina la prohibición de división material de la concesión, con lo cual, la ficción jurídica deja de serlo y se transforma en un derecho de propiedad, lo cual violenta el contenido del artículo 247 de la Constitución, en virtud del cual los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sean distintas de las del suelo, son del dominio inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado, y por lo mismo no ha lugar ningún tipo de transferencia a título alguno.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5

Se debe distinguir entre el derecho real que se crea a través de la concesión y el bien demanial - el yacimiento minero - sobre el cual se ejerce el derecho real de aprovechamiento. El yacimiento, como tal, es un bien indivisible, no se puede ejercer sobre éste derecho de propiedad y, por tanto, ninguna limitación al dominio le es aplicable, pues se encuentran afectadas al dominio público estatal.

Los derechos reales de aprovechamiento y las potestades administrativas que, en virtud de la concesión, se crean en favor del administrado se ejercen, esas sí, en determinada sección del bien demanial. Pero la disposición impugnada no solo permite que se divida el bien en relación a la concesión - en determinadas hectáreas mineras - sino que divide "materialmente" un bien, que es, por su naturaleza, indivisible, pues implicaría desafectación parcial de bienes dominiales.

Existe una diferencia entre la explotación de materiales de construcción y los minerales, mientras que los primeros se encuentran en el suelo, y por ende su explotación tiene relación con la titularidad de dominio, los segundos se encuentran en el subsuelo, el cual es y forma parte del territorio nacional determinado y singularizado en el artículo 2 de la Carta Fundamental.

Por las consideraciones expuestas, se acepta la demanda y se declara la inconstitucionalidad del artículo materia de este considerando.

Artículo 45.

El artículo 45 agrega varios artículos innumerados a continuación del artículo 25 de la ley de Minería.

En lo relativo al primero, segundo y tercer artículo innumerado, mediante el cual se dispone que los recursos que se generen como resultado de la aplicación de esta ley ingresen a la cuenta única del Presupuesto General del Estado, para ser distribuido en la forma como allí específica.

Existe incongruencia con lo que dispone el artículo 44 de la ley cuestionada, en la medida que se asignan fondos públicos para una actividad que se encuentra totalmente privatizada. Y toda vez que la disposición legal que vulnerando el artículo 247 de la Constitución, permite la privatización del subsuelo, el presente artículo deviene en inconstitucional.

Si por el artículo 44 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana se pretende la desafectación del yacimiento minero, a través de una "división material" de un bien indivisible, no corresponde prever normas que

regulen el destino de los fondos provenientes de un trámite concesional y la correspondiente regalía lo que la hace incoherente con las disposiciones de la misma ley, pues el Estado no puede obtener, por esta vía recursos sobre bienes privatizados.

Artículo 46.

El artículo 46 del demandado del Decreto Ley sustituye los Capítulos II y III del Título III de la Ley Minera por el Capítulo I, de la Ley de Minería, capítulo denominado "De la Concesión Minera", contenido en varios artículos innumerados.

El **segundo artículo innumerado** determina que la hectárea minera es la unidad de medida para fines de concesión, la que puede llegar hasta el límite territorial y límite de áreas protegidas.

Los artículos 15 y 23, número 6, de la Constitución determinan con absoluta claridad que las zonas de seguridad nacional y las áreas protegidas, no pueden ser objeto de entrega a ningún título en favor de personas naturales o jurídicas no nacionales, en el primer caso, y en el segundo, la normatividad ambiental protegida por la Constitución, establece que junto a estas áreas, debe necesariamente existir un espacio de amortiguamiento, lo suficientemente amplio, precisamente destinado a resguardar el bien protegido, del tal forma que la determinación de que el límite de la concesión coincide con el límite nacional o de las áreas protegidas, contraviene las antes citadas normas constitucionales y, por ende, esa disposición es violatoria al texto constitucional.

El **tercer artículo innumerado** especifica el máximo de la extensión de la concesión minera en 5.000 hectáreas mineras contiguas y el plazo de hasta 30 años, renovables por períodos iguales a petición escrita del concesionario, a más de especificar el destino de áreas denominadas demasía y prever la suspensión del plazo de concesión y la repetición de patentes pagadas. Tanto la extensión, como el plazo y las demasías son normas aceptadas dentro del Derecho Minero.

El texto de la norma impugnada prevé un plazo de hasta treinta años de vigencia de la concesión, renovable automáticamente por el mismo período, esto es por un máximo de treinta años, con una simple petición.

La concesión es un acto administrativo, que crea derechos de aprovechamiento y potestades administrativas en favor del administrado, mediante el cual el Estado explora y explota indirectamente los recursos mineros, actividad que se debe realizar en función de los intereses nacionales, de acuerdo con lo previsto en el artí-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7

culo 247 de la Constitución, norma constitucional que es incompatible con la renovación automática por simple petición por parte de concesionario, pues el Estado debe cuidar a quien otorga una concesión, incluso en el caso de la renovación.

Así mismo, la suspensión de la labor minera por fuerza mayor o caso fortuito es aceptable en materia concesional, pero no la repetición proporcional de la patente, pues con ello el Estado estaría siendo afectado en razón de que obtiene los recursos provenientes de la patente, adicionalmente a la suspensión de la labor minera.

De la misma manera, no se ha tenido en cuenta que la concesión, como ya se señaló en el texto del presente voto salvado, es por esencia precaria, es decir, las potestades entregadas al administrado y los derechos creados a través de la concesión pueden ser retirados por parte del Estado, sin importar el cumplimiento de los plazos determinados en la concesión respectiva.

Todo lo señalado torna inconstitucional la disposición contenida en el tercer artículo innumerado.

El **séptimo artículo innumerado** crea una patente anual de producción, determinada en 16 dólares por cada hectárea minera.

El establecimiento de esta patente, al determinar valores iguales para cualquier tipo de explotación minera violenta el criterio doctrinario del constitucionalismo moderno en la medida en que éste mantiene el criterio del principio de solidaridad, de equitativa distribución de la riqueza y de generalidad, principios consagrados en los artículos 242 y 243, número 4, de nuestra Carta Fundamental y el principio de igualdad.

En este sentido, la aplicación del principio de igualdad requiere la determinación de los factores de igualación y desigualación o *tertium comparatinis*, que en este caso se establece del siguiente modo: en todos los casos se trata de concesionarios - a todos se les crean derechos reales administrativos y se les otorgan potestades administrativas - y, en este sentido, todos deben pagar una patente. Pero, el factor de desigualación entre concesionarios se debe establecer, de modo general, en que el aprovechamiento varía de acuerdo con el mineral a ser explotado, por lo que, por disposición de la ley, se igualan situaciones desiguales en materia de pago de patente, lo que vulnera el principio de igualdad.

En definitiva, no se puede equiparar la inversión que representa todo el proceso previo y de explotación de una mina de material metálico con el de aquella que tiene materiales no metálicos, cuya recuperación tampoco es similar.

Adicionalmente, dentro del punto de vista práctico, es evidente que se produce un grave perjuicio a los intereses estatales, precisamente por la diferencia de materiales que van a ser objeto del proceso de explotación, en consideración de que los yacimientos mineros están integrados, obviamente, por minerales que se encuentran afectados, también, al dominio público. El mineral explotado - extraído - pasa, con limitaciones, al comercio jurídico privado, pero ello no puede implicar vulneración de los derechos de la nación toda que tiene, a través del Estado, sobre el yacimiento explotado y aprovechado por el concesionario, incluso en relación al mineral extraído por su actividad indirecta.

Por las consideraciones expuestas, nos apartamos del criterio de mayoría y el artículo estudiado es inconstitucional.

El **octavo artículo innumerado** dispone la presentación anual de informes auditados respecto a la producción, durante la explotación comercial, ante la Dirección Regional de Minería.

Del estudio de esta norma se encuentra violación al sistema de control, puesto que al no presentarse informes minuciosos sobre la exploración y explotación minera y en forma fundamental sobre el cumplimiento del Plan Nacional de Inversiones, se contraría lo dispuesto en los artículos 244 numeral 2 y 254 inciso primero de la Constitución Política de la República, por lo cual este artículo innumerado se torna inconstitucional.

El **décimo artículo innumerado** prevé la concesión de explotación de residuos abandonados, estableciendo los casos en que se considera tal abandono. Los residuos abandonados, esto es el material no explotado por el beneficiario de una concesión extinguida o de una labor abandonada o bien de procedencia indeterminada, siguen dentro de la afectación demanial y, por tanto, son susceptibles de nueva concesión.

Esto implica, desde mi particular punto de vista, que existe una nueva concesión, la misma que se ha de someter a los preceptos constitucionales, fundamentalmente el señalado en el artículo 247 de la constitución, por lo cual considero que el artículo analizado es inconstitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

9

El **decimoprimer artículo innumerado** define la explotación ilícita de minerales y remite al artículo 57 de la Ley para la aplicación de sanciones.

En muchas disposiciones como hemos visto, la norma impugnada no guarda concordancia con los preceptos constitucionales, por lo que a mi parecer, se daría el caso de conflicto entre una norma legal sancionadora y el texto constitucional, por lo que considero que el presente artículo se torna en inconstitucional.

Artículo 49. -

El artículo 49 de la ley impugnada sustituye el artículo 148 de la Ley de Minería disponiendo el libre aprovechamiento de materiales de construcción para obras públicas sólo en áreas no concesionadas y contemplando el pago de indemnizaciones.

Disposición ésta que, analizada en el contexto de la normativa constitucional, violenta el artículo 247 de la Carta Fundamental en cuanto ella dispone que "*Son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado los recursos naturales no renovables, y, en general los productos del subsuelo, los minerales y substancias cuya naturaleza sea distinta del suelo*"; y, es el Estado que en uso de su facultad discrecional y con apego a la ley, otorga concesiones mineras que, en otras palabras quiere decir, el otorgamiento gubernativo para aprovechar, explotar aquello que es objeto de la concesión, sin que por ello, de manera alguna signifique transferencia de dominio, ya que éste sigue, por mandato constitucional, siendo parte del patrimonio exclusivo e inalienable del Estado.

De lo dicho se concluye que en la práctica va a suceder la impensable, de que el propietario deba pagar al concesionario por el uso de materiales de construcción para uso público el importe de tales materiales, con lo cual a más de irrespetar la ya citada norma constitucional, indudablemente se va a encarecer la obra pública.

Artículo 52.-

El artículo 52 de la Ley impugnada deroga expresamente 31 artículos de la Ley de Minería y dispone que no serán aplicables las leyes o decretos que de cualquier manera contravinieran los preceptos de esta ley.

Del análisis de los artículos derogados constantes en el artículo 52 impugnado se advierte que la supresión de varios de ellos provoca situaciones que se encuentran en clara contradicción con determinados preceptos constitucionales y fundamentalmente, aquellos que dicen relación con la seguridad nacional contenida en el

artículo 15 de la Carta Fundamental y la protección ambiental consagrada en el número 6 del artículo 23 ibídem, por lo que respecto a la derogatoria efectuada mediante la impugnada ley, deviene en inconstitucional.

TITULO 6

REFORMAS A LA LEY DE REGIMEN DEL SECTOR ELECTRICO.

Artículo 54.

El artículo 54 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana señala que corresponde a la Función Ejecutiva, a través de las correspondientes secretarías de Estado, la formulación y coordinación de la política nacional del sector eléctrico y su desarrollo y ejecución se realiza a través del CONELEC.

Manifiesta el artículo 254 de la Constitución que *“El sistema nacional de planificación establecerá los objetivos nacionales permanentes en materia económica y social, fijará metas de desarrollo a corto, mediano y largo plazo, que deberán alcanzarse en forma descentralizada, y orientará la inversión con carácter obligatorio para el sector público y referencial para el sector privado”*.

Luego el artículo 255 de la Constitución dice que *“El sistema nacional de planificación estará a cargo de un organismo técnico dependiente de la Presidencia de la República, con la participación de los gobiernos seccionales autónomos y de las organizaciones sociales que determine la Ley”*.

Por lo manifestado en la constitución, considero que el constituyente lo que quiso es que el Estado se maneje de un modo descentralizado y no centralizado, eso por un lado y por otro que en dicho organismo, a pesar de ser dependiente del ejecutivo, participen los Consejos Provinciales y Municipales y los sectores de la ciudadanía en general.

TITULO 7

DE LAS REFORMAS A LA LEY DE AVIACION CIVIL.

Artículo 71, inciso tercero.

Como queda dicho en líneas anteriores, el artículo 252 de la Carta Política de forma muy clara manifiesta que la regulación del transporte aéreo, en el presente



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

11

caso, se hará mediante una institución autónoma, esto es sin la injerencia como se pretende del Ejecutivo.

En esta oportunidad, además, señalo que estas entidades creadas por la Constitución, para el ejercicio de la potestad estatal, como lo concibe el artículo 118, número 5, se organizan de modo sustancial de manera totalmente descentralizada y el Estado está obligado a dotarle de suficientes herramientas de orden económico, para que puedan llevar adelante los grandes postulados del sistema económico ecuatoriano, enunciados en los artículos 242, 243 y 244 del texto constitucional.

TITULO 8

DE LAS REFORMAS A LA LEY DE CENTROS AGRICOLAS Y CAMARAS DE AGRICULTURA.

Artículo 89.

Estimo que, dentro del contexto de la declaratoria de inconstitucionalidad, lo que se observa es que las Cámaras de Agricultura Provinciales han sido eliminadas, contrariando la libertad de asociación de la que gozamos todos los ecuatorianos.

TITULO 15

DE LAS REFORMAS A LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO.

Artículo 112, inciso tercero.

Estimo, que los principios contenidos en el artículo 242 de la Constitución, como son los de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad desaparecen en el contenido de los que denomina el inciso como patrimonio técnico.

Artículo 117.

Guardando coherencia con las consideraciones de la declaratoria de inconstitucional de los incisos tercero al séptimo del artículo 116, el presente artículo también se torna en inconstitucional.

Dr. Marco Morales Tobar
VOCAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ALCANCE AMPLIATORIO AL VOTO SALVADO DEL VOCAL DR. HERNÁN RIVADENEIRA JÁTIVA EN EL CASO N° 029-2000-TC.-

Adicionalmente a la constancia de voto salvado en cuanto a la inconstitucionalidad de forma de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana que he suscrito junto a los señores vocales Guillermo Castro, Marco Morales y Hernán Salgado, me aparto también de los criterios de la mayoría del Tribunal Constitucional en los siguientes puntos referidos a las demandas de **inconstitucionalidad por el fondo** de la mencionada Ley:

1. Considero que el Art. 17 de esta Ley, que reforma al artículo 41 de la **Ley de Modernización del Estado**, es totalmente inconstitucional, tomando en cuenta el criterio detallado en el artículo 249 de la Constitución respecto de la delegación de las atribuciones estatales, y no únicamente la frase “o administrativa” constante en el primer inciso.

2. En la primera parte del inciso primero del artículo 46 de la Ley de Modernización que se reforma mediante el artículo 20 de la Ley impugnada, se establece una norma muy general, con la cual no se garantiza el cumplimiento de las disposiciones constantes en los artículos 247 y 249 de la Constitución de la República.

3. El artículo 25 de la Ley que sustituye el primer inciso del artículo 61 de la Ley de Modernización no hace referencia al valor, concepto distinto al de precio, que tienen los bienes públicos, pues no sólo debe establecerse el aspecto monetario sino esencialmente el trabajo humano empleado durante estas décadas para la explotación de los recursos naturales no renovables, la prestación de servicios públicos, la conservación del medio ambiente, el reconocimiento de los derechos colectivos, etc.; todo lo cual está en contradicción con varias normas de la Carta Fundamental.

4. El artículo 29 de la Ley que agrega una primera disposición transitoria a la Ley de Modernización confiere facultades extraordinarias al Presidente de la República, mediante las cuales puede reorganizar los directorios de las entidades y empresas públicas, lo cual no consta en el ámbito de su competencia, según el artículo 171 de la Constitución.

5. El artículo 35 de la Ley, que sustituye los incisos primero y segundo del artículo 11 de la **Ley de Hidrocarburos**, al delegar facultades de la Dirección Nacional de Hidrocarburos sobre control y fiscalización, desmerece la presencia del Estado en estas actividades en beneficio de los intereses públicos y nacionales, conforme el mandato constitucional constante en los numerales 4 y 7 del artículo 244.

6. El segundo artículo innumerado agregado después de las Disposiciones Generales de la Ley de Hidrocarburos por el artículo 40 de la Ley impugnada, al establecer que las comunidades indígenas y los pueblos negros o afroecuatorianos “asentados dentro de las áreas de influencia directa” podrán beneficiarse de la infraestructura construida, establece una limitación que no prevé el artículo 84, numeral 5, de la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7. El artículo 41, al eliminar del primer inciso del artículo 2 de la **Ley Especial de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y sus empresas filiales**, la frase "... como depositaria de los derechos privativos que la ley le confiere al Estado Ecuatoriano", no toma en cuenta lo dispuesto en los artículos 247 y 249 de la Constitución, en cuanto a la condición de recurso no renovable de los hidrocarburos y a la responsabilidad del Estado respecto de los servicios públicos de transporte, comercialización y demás actividades del sector.

8. En cuanto a los artículos del 44 al 52 de la Ley, que reforman varias normas de la **Ley de Minería**, en términos generales se apartan de la normatividad constitucional, pues, desmerecen la propiedad inalienable e imprescriptible del Estado sobre los recursos del subsuelo, conforme dispone el artículo 247, contradice el criterio técnico de que una concesión minera no es susceptible de división material sino sólo de división porcentual en derechos y acciones, se propician por una parte los monopolios y, por otra, verdaderos minifundios mineros, creando dificultades ambientales. Así también, la sustitución de las regalías por las patentes, perjudica a los ingresos del Estado, en virtud de que su valoración ya no es sobre la producción bruta sino una cifra estable para cualquiera de las concesiones; igualmente perjudica a las entidades públicas beneficiarias de las regalías. Las reformas propician prácticamente el manejo por parte de los particulares de los recursos mineros, lo cual no se compadece con las normas constitucionales arriba mencionadas; muchas de las concesiones no aseguran la defensa de la soberanía y perjudican la protección del medio ambiente, al establecer por ejemplo los límites de las concesiones con las líneas de frontera, playas de mar o las áreas protegidas. Se entrega a los concesionarios discrecionalidades sobre el inicio de la explotación y la continuación de la misma, en perjuicio de los controles desde la administración pública de los recursos, con esto se da paso a la especulación, se favorece a las grandes empresas y se suprime la base jurídica que amparaba al pequeño minero y al minero artesanal. En definitiva, se han introducido reformas para arrinconar al Estado y beneficiar a ultranza a la iniciativa privada, contrariando lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 247 de la Carta Política que impone la explotación de estos bienes según los intereses nacionales.

9. El segundo y tercer incisos del artículo 71, que sustituye el artículo 1 de la **Ley de Aviación Civil**, se apartan de las disposiciones constantes en los artículos 2 y 171 de la Constitución Política, pues, no pueden delegarse incluso a los extranjeros las operaciones aeroportuarias que ocupan el espacio aéreo, parte del territorio nacional, pues, estaría en juego la soberanía nacional. Por otra parte, en cuanto a la autorización del Presidente de la República para la construcción de aeropuertos, saldría de las competencias propias de tal autoridad. En esta misma ley, la reforma al numeral 17 del artículo 7, termina con el control de las tarifas aéreas por parte de la Dirección de Aviación Civil, con las mismas implicaciones referidas más arriba.

10. El cambio de denominación del Capítulo III y la eliminación de los artículos 8, 9 y 10 de la **Ley de Centros Agrícolas y Cámaras de Agricultura**, que traen los artículos 84 y 85 de la Ley impugnada, limita precisamente la participación ciudadana, son



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

discriminatorios y atentan contra el principio constitucional de libertad de asociación con fines lícitos. De la misma manera ocurre con el artículo 89, que sustituye el artículo 18 de la ley antes mencionada, en cuanto restringe la democracia participativa en la elección de los directorios de las asociaciones de productores y cámaras de agricultura, en violación a lo determinado en los artículos 23 y 26 de la Constitución.

11. Varias reformas a la **Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado**, de manera particular las constantes en los artículos 107 y 110 de la Ley cuestionada, estarían contrariando la disposición del artículo 261 de la Constitución, que determina las funciones específicas del Banco Central del Ecuador, bajo el criterio gubernamental de cesión de atribuciones y de afianzar el proceso dolarizador.

12. En relación a los artículos 112 y 117, que sustituye el primero al artículo 144 y el segundo agrega una Disposición Transitoria en la **Ley General de Instituciones del Sistema Financiero**, al establecer un porcentaje mínimo del patrimonio técnico requerido no se garantizan los recursos de los depositantes ni se defiende adecuadamente el propio sistema financiero ya en crisis; y, por otra parte, se concede un efecto retroactivo a disposiciones que benefician a los acusados por delitos bancarios bajo el criterio generalizado de la impunidad, con todo lo cual se violan los principios constitucionales de seguridad jurídica y la defensa del bien común.

13. El artículo 138, que elimina del tercer inciso del artículo 4 de la **Ley Orgánica de Aduanas** la frase "con excepción del Servicio de Vigilancia Aduanera", desfavorece el necesario control estatal en este rubro.

14. En cuanto a las reformas al **Código del Trabajo**, deben también considerarse inconstitucionales los artículos: 183 (que agrega un párrafo en el artículo 171 para negar el pago de indemnizaciones a los trabajadores), pues el nuevo empleador puede cambiar las condiciones laborales pactadas originalmente, con lo cual se viola el numeral 12 del artículo 35 de la Constitución y el Convenio 98 de la OIT que protege a la contratación colectiva de trabajo; 202 (que agrega un inciso al artículo 506 para obligar a efectuar un inventario de los bienes de la empresa cuando se declara una huelga), sin considerar que la propia ley establece providencias de seguridad para las personas y los bienes del empleador, con lo cual se limita el derecho constitucional a la huelga; y 203 (que agrega dos incisos luego del primer inciso del artículo 522, con los cuales se rompe el ejercicio de una huelga declarada legalmente y se permite la utilización de trabajadores sustitutos), sin tomar en cuenta que la huelga, por definición, es la paralización de actividades, aunque, el propio Código del Trabajo trae normas que permiten la actuación de un porcentaje de trabajadores cuando existen labores que no pueden paralizarse; además, si tomamos en cuenta que no es obligatorio para los trabajadores permanecer en los lugares de trabajo.


Dr. Hernán Rivadeneira Játiva

VOCAL - PRESIDENTE DE LA TERCERA SALA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VOTO SALVADO DEL DR. CARLOS HELOU CEVALLOS EN LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 78 DE LA LEY PARA LA PROMOCION DE LA INVERSION Y LA PARTICIPACION CIUDADANA

Por no estar de acuerdo con el voto de mayoría que declara la inconstitucionalidad de este artículo me sumo al voto salvado del Dr. Oswaldo Cevallos Bueno, por cuanto considero que no existe inconstitucionalidad en la transformación de la empresa estatal TAME en una sociedad anónima, pues este proceso no viola ninguna norma de la Carta Política del Estado.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Carlos Helou Cevallos', written over a horizontal line.

Dr. Carlos Helou Cevallos
VOCAL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL